Das Beweisrecht im st. gallischen Zivilprozeß

dargestellt unter Berücksichtigung der neueren schweizer. Zivilprozeßordnungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Universität Bern vorgelegt von

Vicente Tuason

aus

Jonschwil (St. Gall.)

Buchdruckerei Rheintaler Volksfreund, Au :: 1929

Das Beweisrecht im st. gallischen Zivilprozeß

dargestellt unter Berücksichtigung der neueren schweizer. Zivilprozeßordnungen.

Inaugural-Dissertation

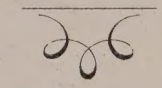
zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Universität Bern vorgelegt von

Vicente Tuason

aus

Jonschwil (St. Gall.)

Meinen lieben Eltern in
Dankbarkeit gewidmet.



R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

I. Abschnitt.

Die Grundlagen des Beweisrechts.

1. Kapitel. Der Gegenstand des Beweises:
§ 1. Die beweisbedürftigen Tatsachen 1
§ 2. Die Erfahrungs- und Rechtssätze 11
§ 3. Das Geständnis 17
2. Kapitel. Beweislast und Beweiswürdigung:
§ 4. Die Beweislast 24
§ 5. Die Beweiswürdigung 28

II. Abschnitt.

Das Beweisverfahren.

1. Kapitel. Der ordentliche Beweis:
§ 6. Die Beschaffung der Beweise 37
§ 7. Der Antrag der Beweise 49
§ 8. Der Beweisbeschluß 53
§ 9. Die Beweisaufnahme 59
2. Kapitel. Der außerordentliche Beweis:
§ 10. Der außerordentliche Beweis 63
3. Kapitel.
§ 11. Der Schutz der beweisrechtlichen Vorschriften 71

III. Abschnitt.

Die Beweismittel.

1. Kapitel. Der Beweis durch Urkunden:
§ 12. Die Mittel des Urkundenbeweises 76
§ 13. Das Verfahren beim Urkundenbeweis 80
§ 14. Die Beweiskraft der Urkunde 88
2. Kapitel. Der Beweis durch Zeugen:
§ 15. Die Zeugnisfähigkeit 98
§ 16. Die Zeugnispflicht 103
§ 17. Die Zeugenvernehmung 115
§ 18. Die Beweiskraft des Zeugnisses 121
3. Kapitel. Der Beweis durch Augenschein und Expertise:
§ 19. Der Augenschein 127
§ 20. Die Expertise 132
4. Kapitel. Der Beweis durch Parteieid:
§ 21. Der Parteieid im allgemeinen 141
§ 22. Die Ausgestaltung des Parteieides im geltenden Recht . 145

Quellenangabe.

Gesetz betreffend die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen vom 31. Mai 1900. Vereinigte Ausgabe mit den bis Ende 1921 eingetretenen Abänderungen.
Kommentar von Scherrer-Füllemann, St. Gallen, 1902.

Gerichtsregulativ für das Kantonsgericht, die Bezirksgerichte, Gerichtskommissionen und das Fachgericht für die Stickereiindustrie vom 26. November 1901.

Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 16. Mai 1911.

Gesetz über das Unfallversicherungsgericht vom 26. Juni 1916.

Gesetz über das Handelsgericht vom 1. Juli 1918.

Gebührenordnung für das Zivil- und Strafprozeßverfahren vom 21. Dezember 1920.

Entscheidungen des Kantonsgerichtes, der Rekurskommission und des Kassationsgerichtes aus den Jahren 1902—1925, abgedruckt als Anhang der Amtsberichte des Regierungsrates.

Amtsberichte des Justizdepartementes, 1902—1925.

Amtsblatt des Kantons St. Gallen.

St. Gallisches Zivilprozeßgesetz 1892—1901, Zusammenstellung aller Entwürfe, Botschaften usw. im st. gallischen Staatsarchiv.

Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918. Kommentar von G. Leuch, Bern 1922.

Gesetz betreffend den Zivilprozeß für den Kanton Zürich vom 13. April 1913. Kommentar von Hans Sträuli.

Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozeßordnung für den Kanton Luzern vom 28. Januar 1913. Kommentar von O. Schnyder, Luzern, 1913.

Gesetz über die Zivilprozeßordnung für den Kanton Schwyz vom 3. Dezember 1915.

Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Zug, Vorentwurf vom Jahre 1924.

Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Appenzell A.-Rh. vom 26. April 1914.

Zivilprozeßordnung für den Kanton Wallis vom 22. November 1919.

Code de procédure civile für den Kanton Neuenburg vom 7. April 1925.

Loi de procédure civile für den Kanton Genf vom 7. April 1925.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung für den Kanton Thurgau vom 28. Mai 1926.

Literaturverzeichnis.

Blumenstein: Die Stellung der öffentlichen Verurkundung im bundesrätlichen Entwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht. Bd. 2.

Fritzsche: Richteramt und Persönlichkeit. Wahrheit und Lüge im Zivilprozeß. Zürich 1921.

Gafner: Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozeßrecht. Bern 1919.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Leipzig-Tübingen 1904.

Gautschi: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen. Zürich 1913.

Giesker: Vergleichung des Geständnisses im Zivil- und Kriminalprozeß. Dis. Zürich 1868.

Giesker: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Zürich 1905.

Gmür: Die Anwendung des Rechts nach Art. 1, Z. G. B. Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Heft 26.

Gmür: Einleitung zum Z. G. B. Kommentar.

Fitting: Der Reichszivilprozeß. Berlin 1893.

Hasler: Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozeß. Zürich 1926.

Heusler: Grundlagen des Beweisrechts. Archiv für die ziviliſtische Praxis. Bd. 62.

Heusler: Der Zivilprozeß der Schweiz. Mannheim 1923.

Heusler: Sachverständige Richter. Zeitschrift für schweiz. Recht. Bd. 56.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechtes. Leipzig 1912.

Klein: Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses. Wien 1900.

Kohler: Zivilprozeß und Konkursrecht im 3. Bd. der Enzyklopedie der Rechtswissenschaft. Leipzig und Berlin 1913.

Kohler: Zur Prozeßreform. Zeitschrift für Zivilprozeß 1911.

Kuhn: Die Beweislast, insbesondere im schweiz. Zivilgesetzbuch. Bern 1912.

Levin: Richterliches Prozeßleitungsamt und Sitzungspolizei. Berlin 1913.

Maier: Die Verantwortlichkeit des Gerichts und der Parteien für die Stoffsammlung nach deutschem und schweizerischem Recht. Dis. Freiburg im Breisgau 1907.

von Orelli: Studien über den gerichtlichen Eid. Zürich 1858.

Mondet: Verhandlungs- und Offizialmaxime im schweizerischen Zivilprozeß. Dis. Basel 1925.

Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1896.

Reichel: Ueber den Einfluß des schweiz. Zivilgesetzbuches auf das kantonale Prozeßrecht. Schweiz. Juristenzeitung. Bd. 6.

Reichel: Ist die Parteibefragung ein Beweismittel? Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Bd. 51.

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.

Siegel: Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß 1904.

Rennefahrt: Editionspflicht der Bundesbehörden. Schweiz. Juristenzeitung. Bd. 8.

Schmidt Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.
Schmidt Rudolf: Richterlicher Eid. München 1917.
von Schrutka: Grundriß des Zivilprozeßrechts. München und Leipzig 1917.
Schurter: Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Zivilprozeßgesetzgebung. Zürich 1890.
Schurter und Fritzsche: Das Zivilprozeßrecht des Bundes. Zürich 1924.
Stein: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
Stein: Grundriß des Zivilprozeßrechts. Tübingen 1921.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung 1879.
Wach: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berlin 1914.
Wyß: Zur Lehre von der Vorlegung der Urkunden nach schweizerischem Recht. Schweiz. Juristenzeitung. Bd. 6.
Zürcher: Sachverständige Richter. Festgabe der juristischen Fakultät zur Einweihungsfeier der Universität Zürich 1914.

1. Abschnitt.

Die Grundlagen des Beweisrechts.

1. Kapitel. Der Gegenstand des Beweises.

§ 1. Die beweisbedürftigen Tatsachen.

Um einen Beweis zu führen, muß in erster Linie bekannt sein, was überhaupt im Zivilprozeß bewiesen wird. Diese Frage läßt sich rückschließend lösen, wenn wir erst einmal den Zweck des Beweises umschrieben haben. Die Parteien bringen den Rechtsstreit vor den Richter, damit dieser ein auf Recht und Gerechtigkeit beruhendes Urteil fälle. Die Erfüllung dieses Parteibegehrens nötigt den Richter die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie unter den Parteien herrschen, zur Urteilsgrundlage zu machen. Denn darauf stützen die Parteien ihre gegenseitigen Rechtsansprüche. Sind diese tatsächlichen Momente festgestellt, muß der Richter die Rechtsnormen suchen, deren gesetzliche Tatbestände den im konkreten Fall gegebenen entsprechen, und aus der Subsumtion des Sachverhaltes unter die Rechtsnormen die Rechtsfolge, das richterliche Urteil, bilden.[1]) Die richterliche Tätigkeit erstreckt sich demnach primär auf die Feststellung von Sachverhalt und Rechtsnorm. Beides sind gegebene Größen, die außerhalb des Richters und unabhängig von ihm existieren und die er nur durch Erforschen der Außenwelt eruieren kann. Da der Richter aber nicht allwissend ist, vermag er unmöglich allein das Material, welches für die Urteilsbildung notwendig ist, herbeizuschaffen. Er ist auf fremde Unterstützung angewiesen. Hier nun greift das Beweisrecht ein, indem es den Parteien vorschreibt, den Prozeßstoff dem Richter so vorzulegen, daß er ihn als Urteilsgrundlage verwerten kann. Der Beweis dient dazu, dem Richter die Voraussetzungen für sein Urteilen sicherzustellen. Der richterlichen Aufgabe gemäß (Feststellen von Tatsachen und Rechtssätzen) kann er *sich sowohl* auf Tatsachen wie Rechtssätze beziehen. Weil aber diese als dem Richter bekannt vorausgesetzt werden — er ist der Rechtskundige par excellence — ist ein Beweis von Rechtssätzen nur Ausnahmefall. Regelmäßig steht der Tatsachenbeweis im Vordergrund.

Die verschiedenen Gesetze geben gleich zu Beginn des Abschnittes über das Beweisverfahren eine im Wesentlichen übereinstimmende Umschreibung des Beweisgegenstandes, z. B.: Zürich 157, Bern 212, 215, Schwyz 206, Zug E. 201, App. A.-Rh. 108, Thurgau E. 224, Wallis 180. Das st. gallische Gesetz bestimmt in Art. 140: „Ein Beweisver-

[1]) Vergl. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, pag. 58/9.

fahren darf nur über erhebliche und streitige Tatsachen angeordnet werden". In dieser gesetzlichen Bestimmung sind drei Punkte von Bedeutung: Tatsache, Erheblichkeit, Bestrittenheit.

Unter Tatsachen im beweisrechtlichen Sinn verstehen wir „konkrete, nach Zeit und Raum bestimmte Geschehnisse und Zustände der Außenwelt wie des menschlichen Seelenlebens".[2]) Diese letzteren werden als die inneren von den äußeren Tatsachen geschieden. Der Begriff der Tatsache umfaßt nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch die vergangenen Ereignisse. Die noch nicht Wirklichkeit gewordenen zukünftigen Geschehnisse fallen für den Beweis außer Betracht. Die Tatsachen treten aber nur dort als Beweisgegenstand unmittelbar in Erscheinung, wo das Gericht sie durch eigene Anschauung in sich aufnimmt, wie z. B. beim Augenschein. In allen übrigen Fällen, wo die richterliche Wahrnehmung der Tatsachen nicht oder nicht mehr möglich ist, stehen Aussagen fremder Personen, Parteibehauptungen über Existenz oder Nichtexistenz einer Tatsache zum Beweise. Alsdann wird die Tatsache dem Richter nicht in ihrer Wirklichkeit, sondern nur als fremder, subjektiv gefärbter Bewußtseinsinhalt[3]) zur Kenntnis gebracht, als ein logisches Urteil, eine Schlußfolgerung aus der Subsumtion der Tatsachenwahrnehmung unter allgemeine Oberbegriffe.[4]) Dieses Tatsachenurteil bildet keinen Gegensatz zu den Tatsachen selbst, ist vielmehr in der Mehrzahl der Fälle der unmittelbare Beweisgegenstand. Ausgeschlossen als Beweisobjekt sind nur die rein juristischen Urteile, das heißt Aussagen über die logische Unterordnung der wahrgenommenen Tatsachen unter Rechtsbegriffe, die eigentlichen Rechtsbehauptungen. Denn welche Rechtswirkungen sich in einem konkreten Tatbestand verkörpern, ist ausschließlich der richterlichen Untersuchung überwiesen. So ist Beweis dafür, „daß einer im Auftrag eines andern gehandelt, unzulässig. In der Behauptung des Auftrages liegt eine rechtliche Schlußfolgerung, ein juristisches Urteil, welches dem Richter zukommt".[5]) Doch handelt es sich bei solchen Rechtsbehauptungen oft nur um „juristisch gefärbte Einkleidungen einer Tatsachenbehauptung".[6]) Solange Rechtsbegriffe wie Eigentum, Miete, Kauf allgemein bekannt und dem Aussagenden geläufig sind, können auch solche Aussagen Gegenstand des Beweises sein.[7]) Der Richter hat aber mit Sorgfalt zu prüfen, wie weit die tatsächlichen Verhältnisse sich mit diesen Rechtsausführungen decken.

Aus der rein zweckmäßigen Ueberlegung, den Prozeß auf das Wesentliche zu beschränken, wird eine Tatsache nur dann beweisbe-

[2]) Urt. d. Rekurskommission d. Kant.ger. 3. Dezember 1902.
[3]) Stein, privates Wissen p. 9.
[4]) Gaupp-Stein p. 633.
[5]) Urt. d. Rek.-Kom. 12. Mai 1906.
[6]) Gaupp-Stein p. 633.
[7]) Urt. d. Rek.-Kom. 12. Dezember 1908.

dürftig, wenn sie erheblich und bestritten ist. Die Rechtspflege würde offenbar ihren vitalsten Interessen entgegenarbeiten, wenn der Richter sich um Verhältnisse zu sorgen hätte, welche die Streitsache in keinem wesentlichen Punkte berühren oder zum vornherein sichergestellt sind.

Was einmal die Erheblichkeit anbelangt, so charakterisiert sie sich in dem entscheidenden Einfluß, den die Existenz der erheblichen Tatsache auf das Urteil ausübt. Dies ist prozeßrechtliche Erwägung. Ob die Tatsache diese Eigenschaft besitzt, richtet sich ausschließlich nach jenen Rechtsnormen, welche den Tatbestand der behaupteten Rechtsfolge umschreiben. Das Prozeßrecht ist in dieser Beziehung nur dann maßgebend, wenn die Streitsache selbst prozessualer Natur ist. Für den Regelfall wird das materielle Recht über die Erheblichkeit entscheiden. Es bestimmt, welche Tatsachen vorhanden sein müssen, damit die beanspruchte Rechtswirkung eintreten kann. Das Rechtsbegehren der Parteien führt den Richter auf die anzuwendenden Rechtsnormen und diese ermöglichen ihm den Rückschluß auf den notwendigen Tatbestand, der als erheblich eventuell des Beweises bedarf[8]). Die Ausscheidung des erheblichen Tatsachenmaterials verlangt vom Richter eine vorgängige Prüfung des gesamten Prozeßstoffes. Sehr oft werden sich die erheblichen Tatsachen erst im Verlaufe des Prozesses herauskristallisieren.

Die für den Beweis erhebliche Tatsache kann verschiedener Art sein. Sie muß nicht notwendig den Akt darstellen, welcher das unter den Parteien streitige Rechtsverhältnis begründete, auflöste oder veränderte. In zahlreichen Fällen läßt sich dieses im engsten Sinn rechtsrelevante Ereignis nicht unmittelbar feststellen. Es liegen nur Umstände vor, welche einen Schluß auf die Existenz dieser rechtserheblichen Tatsache gestatten. Ist dies der Fall, dann werden auch solche Umstände als Ausgangsglied der Schlußfolgerung für den Beweis der unmittelbar erheblichen Tatsache von Bedeutung. Man spricht in diesem Falle von sogenannten indizierenden Tatsachen. Je nach ihrer Beschaffenheit ist die durch sie begründete Vermutung stärker oder schwächer. Unter Umständen müssen mehrere solcher Indizien zusammenwirken, um eine Schlußfolgerung zu rechtfertigen. Die Indizien sind aber nicht Beweismittel, unter welche sie Art. 142 fälschlicherweise einreiht. Beweismittel sind „Objekte der Außenwelt, Personen oder Sachen, in denen sich der Beweisgrund verkörpert".[9]) Die Indizien sind nun ihrerseits selbst solche Gründe, welche den Richter mehr oder weniger zur Annahme des erheblichen Tatbestandes nötigen. Was aber Beweisgrund, kann nicht zugleich Beweismittel sein.[10]) Als Tatsachen, die Gründe für die richterliche Ueberzeugung liefern, müssen die Indi-

[8]) Vgl. Kuhn, Beweislast, p. 73.
[9]) Schmidt, Lehrbuch, p. 337.
[10]) Vgl. Hasler p. 75.

zien sehr oft selbst erst bewiesen sein, bevor sie verwertet werden können. In diesem Sinne spricht Art. 188 sehr richtig von den Anzeigen (Indizien) als von solchen bewiesenen Umständen oder Verhältnissen, welche einen Schluß auf andere Tatsachen gestatten. Je nachdem die unmittelbar erhebliche Tatsache bewiesen wird oder nur eine solche, die einen Schluß auf jene erlaubt, kann man wohl von einem direkten und indirekten Beweis reden.[11]) Nur muß man sich vor Augen halten, daß einzig der Beweis durch Indizien, nicht aber der Beweis der Indizien ein indirekter ist. Denn bei diesen stellt eben die indizierende Tatsache das Beweisthema dar und dieses wird direkt und unmittelbar bewiesen. Endlich kommen für den Beweis auch die sogenannten Hilfstatsachen in Betracht.[12]) Darunter fallen jene Verhältnisse, welche für die Würdigung der Beweismittel und der Indizien von Bedeutung sind. Sie spielen eine Rolle vor allem bei der Frage der Glaubwürdigkeit eines Zeugen und der Echtheit einer Urkunde, bilden also regelmäßig die Einreden gegen Zulässigkeit und Beweiskraft der Beweismittel.

Die erhebliche Tatsache ist nur dann beweisbedürftig, wenn sie von der einen Partei behauptet, vom Gegner aber bestritten wird. Dieses Erfordernis resultiert aus dem Grundsatz der Parteiverantwortlichkeit für die Stoffsammlung.[13]) Im Interesse einer rationellen Prozeßführung hat es der Gesetzgeber den Parteien überlassen, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen. Das Gesetz stellt den Parteien das Prozeßverfahren zur Verfügung. Es erwartet aber von ihnen, daß sie gegebenenfalls selbst um den Bestand ihres Rechtes besorgt sind und nichts unterlassen, was den Prozeß zu ihren Gunsten fördern kann. Diese Vermutung für eine rege Parteitätigkeit ist nicht aprioristisch, sondern wurzelt in den täglichen Erfahrungen.[14]) Ueberall, wo persönliche Interessen gefährdet sind, werden ohne weiteres alle Hilfsmittel auf den Plan gerufen. Angriff und Verteidigung bedürfen keiner Initiative von außen. Der Zivilprozeß verlangt nun aber mehr wie nur gewöhnliche, alltägliche Vorsicht. Er ist ein Kampf, welcher seiner ganzen Struktur nach restlose Ausnützung aller Vorteile gebietet. Läßt die Partei gegnerische Behauptungen, die ihr ungünstig sind, ohne Widerspruch über sich ergehen, dann erweckt sie eben den Anschein ihres Einverständnisses. Der Richter hat solange keine Veranlassung, das Gegenteil anzunehmen, als die Partei in ihrer freien Verfügung unbeschränkt ist und nicht besondere Umstände die Tatsache dieses Einverständnisses bezweifeln lassen.

Das Gesetz sagt nicht, wann eine Tatsache bestritten ist. Es redet allerdings in Art. 141 vom Zugeständnis einer Tatsache, aber weder

---

[11]) Wach, Vorträge p. 154.
[12]) Vgl. Hellwig, System, p. 674.
[13]) Vgl. unten § 6.
[14]) Vgl. Hellwig a. a. O. 406.

für das eine noch für das andere wird bestimmt, ob ausdrückliche Erklärung erforderlich oder Stillschweigen genüge. Nach sinngemäßer Interpretation kann eine Behauptung wohl eher stillschweigend zugestanden als stillschweigend bestritten werden. Das Bestreiten verlangt doch irgend ein aktives Verhalten, wie das z. B. hervorgeht aus der Bestimmung des bernischen Prozesses (Art. 215): „Als zugestanden gilt in der Regel, was nicht ausdrücklich bestritten wird." Nun könnte es aber einer Partei sehr wohl widerfahren, daß sie trotz ihres Bestreitungswillens eine ausdrückliche Erklärung nicht abgibt. Soll hier der Richter die Tatsache als unbestritten ad acta legen oder etwas darauf hinwirken, daß die Tatsache dennoch beweisbedürftig wird? Abgesehen von einer gesetzlichen Regelung wird es der Billigkeit entsprechen, daß der Richter das Parteiverhalten näher prüft, wenn offenbar entschuldbare Umstände die Partei an der Bestreitung verhindert haben. Diesen Standpunkt nimmt z. B. das bernische Gesetz ein. Es erklärt in dem eben erwähnten Art. 215: „Geht aus dem gesamten Verhalten einer Partei hervor, daß sie eine Tatsache bestreiten wollte, ohne daß sie eine ausdrückliche Erklärung darüber abgegeben hat, so ist eine solche Tatsache vom Richter als beweisbedürftig zu behandeln". Diese Bestimmung rechtfertigt sich vor allem, wenn der Richter seinerseits an der Wahrheit der nicht ausdrücklich bestrittenen Tatsache begründete Zweifel hegt. Sie wird auch angemessen sein, wenn eine Partei aus Unkenntnis der behaupteten Tatsache mit einem Nichtwissen antworten muß. Voraussetzung für diesen letzten Fall ist allerdings, daß nicht eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei in Frage stehen oder sie dann wenigstens ihr Nichtwissen wahrscheinlich zu machen imstande ist. Ein so geartetes Verfahren wird alle jene Tatsachen zu beweisbedürftigen gestalten, deren Existenz tatsächlich als zweifelhaft erscheint. Damit aber wird einem gerechten Urteil vorgearbeitet. Weil das st. gallische Gesetz dem Richter in diesen Fragen freien Spielraum läßt, wird er sein Ermessen in diesem Sinne betätigen müssen: Er wird sich für den Regelfall nur an ausdrückliches Bestreiten halten, in allen diesen besonderen Fällen aber auch eine nicht ausdrückliche Bestreitung als solche gelten lassen.

Trotz der Bestimmung in Art 140, wonach über erhebliche und streitige Tatsachen Beweis angeordnet wird, hat das Bestreiten nicht immer den Erfolg, daß wirklich Beweis erhoben werden muß. Wenn zum vornherein und unabhängig von jeder Partei- und Richtertätigkeit feststeht, daß eine Tatsache existiert oder nicht, wird ein Beweisverfahren überflüssig. Auch es könnte seinem Zwecke nach kein anderes Resultat erbringen. Das trifft nun regelmäßig zu, wenn die Tatsache gerichtskundig ist[15]), es kann zutreffen, wenn die Tatsache offenkundig ist. Das st. gallische Gesetz schweigt sich auch über diesen

[15]) Vgl. z. B. Schwyz 207, Zug E. 202, Thurgau E. 224.

Punkt aus. Im Interesse einer klugen und guten Prozeßführung wird aber diese Lücke im Gesetz ohne weiteres mit dieser praktischen Ueberlegung auszufüllen sein.

Die Gerichtskundigkeit kommt jenen Tatsachen zu, die in amtlichen Handlungen und Wahrnehmungen des Gerichtes bestehen, die der Richter nicht als Privatmann, sondern nur kraft seines Amtes erfahren hat.[16]) Dahin gehören vor allem die Vorgänge im anhängigen Prozeß, dann aber auch von diesem Gericht gefällte Urteile, von ihm ausgestellte Bescheinigungen usw. Die weittragende Wirkung der Gerichtskundigkeit erfordert aber unbedingt, daß der Richter sich dieser Ereignisse in möglichst vollkommener Weise erinnere. Er soll nur das als gerichtskundig und damit des Beweises nicht bedürftig erklären, „was er als verständiger Mann aus der Erinnerung heraus für überzeugend wahr erklärte“[17]). Daraus ergeben sich die Einschränkungen. Eine Tatsache, die von dem gleichen Gericht in einem früheren Prozeß durch Beweis festgestellt worden, ist nicht ohne weiteres gerichtskundig, jedenfalls nicht, wenn das Beweisresultat unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung zustandegekommen. Denn diese stellt in hohem Maße auf die Gesamtlage des Prozesses ab und weil diese in einem späteren Verfahren wesentlich anders sein kann, wird über die gleiche Tatsache die freie Beweiswürdigung eventuell zu andern Ergebnissen gelangen.

Allgemeinkundig sind jene Tatsachen, die in ihrer Entstehung oder in ihrer Verbreitung von so vielen Menschen wahrgenommen worden sind, daß an ihrer Existenz vernünftigerweise nicht gezweifelt werden kann[18]). Das ist die positive Seite. Allgemeinkundig kann auch die Nichtexistenz einer Tatsache sein, dann nämlich, wenn ihr Entstehen von einer unbeschränkten Zahl von Menschen hätte wahrgenommen werden müssen. Die Allgemeinkundigkeit ist nicht etwas Absolutes das überall und jederzeit gegeben ist. Sie ist im Gegenteil nach Zeit und Raum begrenzt. Vieles was früher allgemeinkundig, ist es heute nicht mehr und vieles, was in dem einen Gerichtsbezirk allgemeinkundig, ist es in einem andern nicht. Aber selbst innerhalb örtlicher und zeitlicher Schranken kann die Zahl der um die Tatsache Wissenden größer oder kleiner sein. Die gleiche Lebensstellung übt auch hier ihren Einfluß aus. Es ist demnach möglich, daß das Gericht über die Allgemeinkundigkeit einer Tatsache nicht orientiert ist oder sich nicht für genügend orientiert erachtet. Darum macht Allgemeinkundigkeit den Beweis nicht ohne weiteres überflüssig[19]). Diese Wirkung tritt

[16]) Leuch, Kommentar zu Bern, Art. 218, Note 1. Schurter, Grundzüge pag. 104, Hellwig p. 675.
[17]) Stein, privates Wissen, p. 161.
[18]) Vgl. Urt. d. Rek.-Kom. 12. Dezember 1908, dann bes. Stein, privates Wissen, p. 147.
[19]) Vgl. Kohler, Zivilprozeß p. 299.

erst ein, wenn das Gericht die Allgemeinkundigkeit kennt, wenn die Tatsache „bei Gericht offenkundig" geworden ist[20]). Die Allgemeinkundigkeit aber macht die Quelle der richterlichen Erkenntnis unerheblich und läßt es damit genügen, daß nicht die Tatsache selbst, sondern nur ihre Allgemeinkundigkeit dem Gerichte offenbar gemacht wird[21]). Bei eigener Unkenntnis kann natürlich der Richter von der Partei Beweis der betreffenden Tatsache oder ihrer Allgemeinkundigkeit verlangen, er darf aber einen solchen Beweis auf privatem Wege ergänzen. Diese freie Forschung wie auch die Verwertung allfälliger privater Kenntnisse müssen dem Richter gewährleistet sein, will man ihn nicht in die unwürdige Lage versetzen, bei beabsichtigter oder unbeabsichtigter Parteinachlässigkeit allgemeinkundige Tatsachen nicht berücksichtigen zu dürfen.

Inbezug auf ihre Wirkungen wie auch hinsichtlich der Verwertung privater Kenntnisse bilden nach dem Gesagten Allgemeinkundigkeit und Gerichtskundigkeit einen gewissen Gegensatz: Diese besteht nur in amtlichen Handlungen und Wahrnehmungen und macht den Beweis unmittelbar entbehrlich, jene dagegen macht die Erkenntnisquelle unerheblich, muß aber unter Umständen ihrerseits nachgewiesen werden. Beiden gemeinsam ist die Frage, ob die bei Gericht offenkundigen Tatsachen auch behauptet zu werden brauchen. Was die offenkundigen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen anbelangt, müssen sie auch ohne Geltendmachung berücksichtigt werden. Dies ergibt sich aus folgender Ueberlegung[22]): Die Würde des Gerichtes wie auch die durch den Prozeß angestrebte Rechtsverwirklichung verlangen unbedingt, daß eine offenkundig unwahre Tatsachenbehauptung ebensowenig Berücksichtigung findet wie eine unmögliche. Man darf dem Gericht nicht zumuten, „mit Scheuklappen an allgemein Bekanntem vorbeizusehen"[23]), noch weniger ist es zu ertragen, daß dort Recht gegeben wird, wo die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen. Im Rechtsbegehren des Klägers liegt nun implicite die Behauptung, daß weder rechtshindernde noch rechtsvernichtende Tatsachen seinem Anspruche entgegenstehen. Sind aber solche offenkundig vorhanden, dann ist die Behauptung offenkundig unwahr und dürfte aus dem oben angeführten Grunde nicht berücksichtigt werden, selbst wenn sie vom Gegner ausdrücklich zugestanden worden wäre. Umsomehr muß dies zutreffen, wenn keinerlei Geständnis vorliegt, weil das fingierte Geständnis unmöglich größere Wirkungen erzielen kann wie das tatsächliche.

Die Rücksicht auf die realen Verhältnisse gebietet ferner, daß offenkundige Hilfstatsachen und Indizien ohne weiteres verwertet werden. Ein „offenkundig unglaubwürdiger Zeuge braucht nicht einvernom-

---

20) Hellwig, p. 676.
21) Vgl. Stein, Grundriß, p. 164.
22) Vgl. Hellwig p. 414 und Stein, priv. Wissen, p. 164.
23) Leuch zu Bern, Art. 202, Note 3.

men zu werden"[24]. Streitig wird die Frage bei den rechtsbegründenden offenkundigen Tatsachen. Stellt man hier ab auf die restlose Herstellung des tatsächlichen Verhältnisses, dann wird man für die Berücksichtigung der offenkundigen rechtsbegründenden Tatsachen keine Behauptung verlangen[25]). Geht man aber davon aus, daß die Parteien für die Stoffsammlung verantwortlich sind, dann darf man billigerweise von ihnen verlangen, daß sie wenigstens das Minimum unternehmen und auch die offenkundigen rechtsbegründenden Tatsachen durch ihre Behauptung in den Prozeß einführen[26]). Sie befinden sich dann immer noch in der privilegierten Lage, für diese offenkundigen Tatsachen keinen Beweis antreten zu müssen. In der Praxis wird es sozusagen nie vorkommen, daß eine Partei wissentlich und willentlich auf die Anführung einer offenkundigen Tatsache, die für ihr Rechtsbegehren günstig ist, verzichtet. In jedem anderen Fall, z. B. wenn aus entschuldbarem Verhalten heraus die Geltendmachung unterlassen worden, wird der Richter immer Mittel und Wege finden, diese Tatsachen doch zu berücksichtigen. Vor allem scheint hier das richterliche Fragerecht am Platze zu sein. Zu erwähnen ist endlich, daß die offenkundigen Tatsachen nur in Ausnahmefällen den für das materielle Recht unmittelbar relevanten Tatbestand bilden. So schadet es nicht, wenn solche Tatsachen gewöhnlich nur in ihren Umrissen und nicht in allen ihren Einzelheiten bekannt sind[27]).

Die offenkundigen Tatsachen bilden die Ausnahme vom geltenden Prinzip, daß der Richter „seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht nur auf die Sachdarstellung der Parteien und die Ergebnisse des Beweisverfahrens zu stützen" (Art. 109) hat. Nach diesem Grundsatz darf der Richter von sich aus weder Tatsachen in den Prozeß einführen, noch von den Parteien eingeführte ohne Beweisverfahren verwerten[28]). Wir haben aber gesehen, daß der Richter befugt sein muß, offenkundige Tatsachen sowohl in den Prozeß einzuführen als auch schon eingeführte auf Grund ihrer Offenkundigkeit ohne weiteres zur Urteilsgrundlage zu machen. Zur Begründung wurde angeführt, daß der Richter nicht gezwungen werden kann, allgemein anerkannte Tatsachen zu ignorieren. Nun besteht bei den offenkundigen Tatsachen im Gegensatz zu den andern auch nicht die Gefahr, daß durch Umgehung eines förmlichen Beweises tatsächliche Verhältnisse fälschlicherweise als existent oder nicht existent behandelt werden. Denn bei ihnen bedarf es einer Kontrolle über die Richtigkeit der individuellen Wahrnehmung nicht, wie sie bei den nichtnotorischen Tatsachen durchaus notwendig ist. Die individuelle Wahrnehmung weist Unzäng-

[24]) Urt. d. Kass.-Ger. 20. Februar 1907.
[25]) So Leuch p. 164.
[26]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 165.
[27]) Stein, priv. Wissen, p. 148/9.
[28]) So Urt. d. Kass.-Ger. 20. Februar 1907.

lichkeiten auf. Ihre Richtigkeit kann stets mehr oder weniger bemängelt werden. Das ist es ja gerade, was den Zeugenbeweis oft so problematisch macht. Deshalb stellt das Gesetz sichernde Maßnahmen auch auf für die Verwertung individueller Wahrnehmungen. Beim Zeugenbeweis bestehen sie darin, daß der Richter verpflichtet wird, die Zuverlässigkeit der Zeugenwahrnehmung genau und peinlich zu prüfen. Gebraucht aber der Richter seine private Wahrnehmung, dann fehlt eine solche äußere Kontrolle. Die Gefahr liegt nahe, daß das Urteil infolge unrichtiger Wahrnehmung auf falscher Grundlage aufgebaut wird. Darum soll der Richter seine private Kenntnis grundsätzlich nicht benützen, die Stellung von Zeuge und Richter nicht in sich vereinigen und so seine Unparteilichkeit verlieren[29]). Denn richtig bemerkt Schmidt (a. a. O.), daß ein Zeuge mit psychologischem Zwange Partei ergreife. Demnach habe der Richter abzutreten und sich als Zeuge zu stellen, wenn seine Kenntnis vom Sachverhalt verwertet werden solle. Alle diese Gründe gegen die Verwertung privater richterlicher Wahrnehmung fallen bei den offenkundigen Tatsachen dahin. Bei der Gerichtskundigkeit gründet sich die Wahrnehmung des Richters auf ein streng durchgebildetes Verfahren, bei den allgemeinkundigen Tatsachen ist die Möglichkeit individueller Wahrnehmungsfehler durch die Masse der Wahrnehmenden ausgeschlossen[30]). Wenn so und soviel Menschen in ihrer Wahrnehmung übereinstimmen, dann darf auch der Richter sich für überzeugt erklären.

Moderne Gesetze haben diesen Unterschied zwischen notorischen und nichtnotorischen Tatsachen fallen gelassen, indem sie dem Richter im Rahmen der Verhandlungsmaxime d. h. zur Feststellung der legitim in den Prozeß eingeführten Tatsachen die Verwertung privater Kenntnisse gestatten. So Bern in Art. 213,2. „Der Richter ist jederzeit berechtigt, Beweismittel, welche er nach der Lage der Akten und seiner eigenen Kenntnisse der Streitsache als überflüssig erachtet, auch wenn sie zu erheblichen Tatsachen angerufen sind, abzulehnen“[31]). Damit wird der Standpunkt der Unvereinbarkeit von Richter und Zeuge fallen gelassen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung setzt sich vor allem Heusler[32]) ein: „Was ich als Richter gesehen und gehört habe, kann ich nicht aus mir herausreißen und dergleichen tun, als wüßte ich es nicht. Warum soll in aller Welt der Richter gerade hier, wo er doch durch eigenes Wissen die allerbeste Ueberzeugung hat, in Richter und Mensch sich spalten müssen?“ Soviel ist zweifellos rich-

[29]) So Urt. d. Rek.-Kom. 12. Dezember 1908, Kohler, p. 299, Schmidt, Lehrbuch, p. 352.

[30]) Vgl. Stein, priv. Wissen, p. 148.

[31]) In diesem Sinne wird wohl auch Genf Art. 168,1 auszulegen sein: «Les juges pourront, s'ils ont des éléments d'appréciation suffisants, écarter aussi les demandes relatives à des mesures probatoires dont l'exécution nécessite des delais trop étendus.»

[32]) Zivilprozeß der Schweiz p. 97.

tig, daß der Richter seine private Kenntnis nicht restlos ignorieren kann. Wenn ihm auch das Gesetz die Verwertung seines Wissens verbietet, wird es vielleicht unbewußt doch bei der Feststellung dieser streitigen Tatsache das richterliche Ermessen beeinflussen. Darin liegt noch keine Gefahr. Diese taucht jedoch unfehlbar auf, wenn der Richter einzig und ausschließlich auf seine außergerichtliche Wahrnehmung abstellt, weil, wie schon erwähnt, diese richterliche Wahrnehmung Täuschungen unterliegen kann. Nicht zu vergessen ist dabei, was später bei den Erfahrungssätzen wiederholt werden muß, daß diese eigenmächtige Verwertung richterlicher Kenntnisse unter Umständen das Vertrauen der Rechtsuchenden stark erschüttert. Diese Momente sprechen doch ein gewichtiges Wort gegen die Verwertung des privaten richterlichen Wissens von nichtnotorischen Tatsachen auch nur zum Zweck der Feststellung bestrittener Parteibehauptungen, vor allem wenn die Lösung, wie sie Schmidt gibt, praktisch ohne jede Schwierigkeit durchgeführt werden kann[33]).

Bei der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis darf die Offenkundigkeit keine absoluten Wirkungen erzielen und jeden Beweis schlechterdings ausschließen. Gewiß darf der Richter einen Beweis, der etwa für die Existenz der offenkundigen Tatsache angeboten werden wollte, als unerheblich ablehnen. Weil es aber denkbar ist, daß ausnahmsweise die als offenkundig angenommene Tatsache nicht oder nicht so existiert, muß der Gegenbeweis gegen die Offenkundigkeit wie gegen die Tatsache selbst zulässig sein. Damit schwächt sich die Wirkung der Offenkundigkeit ab zu jener einer Vermutung: die offenkundige Tatsache soll als richtig angesehen werden bis zum Beweise ihres Gegenteils. Diese Einschränkung kompensiert auch den Nachteil, der sich etwa daraus ergeben könnte, daß das Gericht allzuleicht eine Tatsache als offenkundig behandeln wollte. Beantragt eine Partei den Gegenbeweis, dann muß sich das Gericht sorgfältig prüfen, ob es auch auf stichhaltige Gründe hin die Offenkundigkeit bejaht habe.

Die relative Natur der Offenkundigkeit bedingt ferner, daß eine Tatsache unter Umständen nur der unteren Instanz offenkundig ist. Wird der Rechtsstreit weitergezogen, so hat die obere Instanz die Freiheit, sich von der Existenz der Tatsache für überzeugt oder nicht überzeugt zu erklären. Das wird sich praktisch dahin auswirken, daß die Appellationsinstanz Beweis über die Tatsache anordnen darf (Art. 306), die Kassationsinstanz dagegen sich vergewissert, ob in der Annahme der Offenkundigkeit keine Verletzung des Beweisrechts liegt (Art. 314)[34]).

Da die Offenkundigkeit ein Beweisverfahren überflüssig macht, dient sie einer raschen Erledigung des Prozesses. Deswegen hat man

[33]) Vgl. auch Stein, Grundriß, p. 171.
[34]) Vgl. unten § 11.

gelegentlich gefordert, daß der Richter die allgemeinkundigen Tatsachen kennen müsse. So zwingend sich das Postulat einer schnellen Prozeßführung darstellt, scheint doch die Forderung einer richterlichen Wissenspflicht inbezug auf die allgemeinkundigen Tatsachen mit den realen Verhältnissen unvereinbar. Es muß wohl, wie Stein[35]) das betont, eine diesbezügliche Forschungspflicht genügen.

§ 2. Die Erfahrungs- und Rechtssätze.

Bei der prozessualen Gestaltung des materiellen Rechtes spielen neben den konkreten Tatsachen die Erfahrungs- und Rechtssätze eine wesentliche Rolle. Sie bilden mit den konkreten Tatsachen die Prämissen für die richterliche Beurteilung im weitesten Sinne, treten aber diesen Einzeltatsachen als allgemeine, abstrakte Obersätze in der richterlichen Schlußfolgerung gegenüber. Ihre Bedeutung sichert ihnen eine besondere beweisrechtliche Stellung.

I. Die Erfahrungssätze sind die aus der Beobachtung von Einzelfällen gewonnenen Regeln des allgemeinen Lebens wie der besonderen Sachkunde in Technik, Kunst, Wissenschaft usw.[1]). Sie sind nicht etwas sinnlich Wahrnehmbares, sondern stehen als die abstrakten Tatsachen, welche losgelöst und unabhängig von jedem einzelnen Geschehen überall und jederzeit Geltung beanspruchen, zu den konkreten Tatsachen in einem gewissen Gegensatz. Die Erfahrungssätze sind dem Richter unentbehrliches Rüstzeug für die Bewertung der festgestellten Tatsachen. Denn nur an Hand der Erfahrung kann der Richter prüfen, ob das Beweismittel zuverlässig ist, ob ein Indiz im gegebenen Fall einen zwingenden Schluß gestattet, ob endlich in bestimmten Einzeltatsachen sich der gesetzliche Tatbestand oder eine Kombination desselben verkörpert[2]). Daraus ergibt sich ganz einfach der Schluß, daß der Richter diese Erfahrungssätze kennen muß, will er sein Richteramt recht ausüben. Mit dieser Feststellung löst sich zunächst die Frage, ob der Richter jene allgemeinen Kenntnisse, welche er notgedrungen aus seinem Privatleben mit sich bringt, verwerten darf. Das muß ihm gestattet sein. Die Parteiherrschaft kann unmöglich soweit gehen, daß sie das richterliche Denken zwingend beeinflußt. Sie muß dort Halt machen, wo der Richter in seinem ureigensten Gebiet tätig wird. Darum brauchen die Erfahrungssätze auch nicht einmal behauptet zu werden[3]).

Man darf nun aber dem Richter nicht zumuten, daß er restlose Kenntnisse besitze. Die Einschränkung ergibt sich sofort bei den Er-

---

35) Priv. Wissen p. 152.
1) Vgl. Gaupp-Stein p. 635.
2) Vgl. Sauer p. 68.
3) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 218, Note 2.

fahrungssätzen der besonderen Sachkunde, die nicht nur wie die Regeln der allgemeinen Erfahrung einen gesunden Menschenverstand und ein offenes Auge zur Voraussetzung haben, sondern spezielle Fachkenntnis erheischen[4]). Hier erhebt sich die weitere Frage, wie der Richter von den ihm unbekannten Erfahrungssätzen Kenntnis erlangen soll. Die Natur der Erfahrungssätze bringt es mit sich, daß die Grundsätze über den Beweis konkreter Tatsachen nicht tale quale Anwendung finden. Beweis im Sinne von Ersatz der eigenen richterlichen Wahrnehmung[5]) ist begrifflich ausgeschlossen, da der Erfahrungssatz eine Abstraktion und sinnlicher Wahrnehmung unzugänglich ist. Während konkrete Tatsachen durch beliebige Beweismittel festgestellt werden, ist der Nachweis der Erfahrungssätze auf ganz bestimmte Erkenntnisquellen angewiesen. Der Richter muß zu solchen Personen Zuflucht nehmen, die den Erfahrungssatz vermöge ihrer Lebensstellung und ihres Berufes kennen. In dieser bevorzugten Lage befinden sich aber einzig die Sachverständigen: darum ist die Expertise das Mittel kategochen, das über die Existenz der Erfahrungssätze Aufschluß gibt. Theoretisch bliebe allerdings dem Richter noch ein zweiter Weg. Er könnte selbst die Einzelfälle beobachten und aus ihnen den Schluß ziehen. Aber abgesehen davon, daß in zahllosen Fällen der Richter aus Mangel an besonderer Fachkenntnis nicht fähig wäre, den Erfahrungssatz selbst zu abstrahieren, würde diese Methode äußerst unpraktisch und zeitraubend sein.

Nachdem wir festgestellt haben, wie der Richter in den Besitz der Kenntnis der Erfahrungssätze gelangt, bleibt die Frage zu erörtern, wann der Richter zur Verwertung der Erfahrungssätze fremde Hilfe in Anspruch nehmen muß. Oben stellten wir den Satz auf, daß der Richter die Erfahrungssätze notwendigerweise kennen muß. Daraus könnte man schließen, daß der Richter nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet ist, seine Kenntnis in dieser Hinsicht nach Möglichkeit zu vermehren, um als lebendiges Repertoir aller Arten von Erfahrungssätzen jeder Situation in irgend einem Prozeß gewachsen zu sein. Tatsächlich beruht die Einrichtung der Fachgerichte auf diesem Gedanken ausschließlicher Verwertung richterlicher Kenntnisse[6]). Auch für den ordentlichen Prozeß gilt, daß die richterliche Unabhängigkeit und Autorität in dem Maße wächst, in welchem der Richter

[4]) Man spricht in dieser Beziehung von notorischen und nichtnotorischen Erfahrungssätzen. Begrifflich gibt es aber keine nichtnotorischen Erfahrungssätze; denn jeder, der sich Zeit und Mühe nimmt, kann in den Besitz auch der Erfahrungssätze spezieller Wissensgebiete gelangen. Vgl. Stein, priv. Wissen, p. 27.

[5]) So Heusler, Grundlagen, p. 218.

[6]) Vgl. die Botschaft des Regierungsrates zum Gesetzentwurf über das Handelsgericht: „Experten sollen wie beim Fachgericht für die Stickereiindustrie nur angerufen werden können, soweit das Gericht nicht über die nötige Sachkunde verfügt."

seine Kenntnisse vermehrt. Er wird erst zur Richterpersönlichkeit im vollen Sinne des Wortes, wenn er aus dem Schatz reicher Erfahrung heraus „menschliches Handeln versteht“[7]). Die Verwertung privater Richterkenntnis bringt zudem den Vorteil rascher und prompter Prozeßführung, weil der Richter nicht erst Experten bestellen und instruieren muß. Allein die Unzulänglichkeit unserer Erkenntnis fordert auch hier Einschränkungen. Das Gesetz muß dafür Sorge tragen, daß der Richter nur jene Privatkenntnisse benützt, die objektiv sicher und zuverlässig sind. Ob dies zutrifft, ist unter Umständen sehr schwer festzustellen. So klar es in bestimmten Fällen ist, daß der Richter Experten beiziehen muß, weil ihm die nötige Fachkenntnis offensichtlich abgeht, so unklar und zweifelhaft ist es in andern Fällen zu bestimmen, ob dem Richter die erforderliche Kenntnis noch zugetraut werden darf. In ein besonderes Licht rückt diese Frage bei den Laiengerichten, wo das Richteramt neben der eigentlichen Berufstätigkeit ausgeübt wird, der Richter selbst Berufs- und Fachmann ist. Die Parteien haben aber nicht nur ein großes Interesse, sie haben ein Recht, daß der richtige Erfahrungssatz angewandt wird. Führt ein Sachverständiger den Erfahrungssatz in den Prozeß ein, so können die Parteien ihrerseits prüfen, Anträge stellen und Aufklärungen verlangen. Ganz anders, wenn der Richter sein privates Wissen benützt. Dies ist ein geistiger, innerer Vorgang, dem die Parteien machtlos gegenüberstehen[8]). Der Richter kann dieses sein eigenes Wissen überschätzen und durch seine selbstherrliche Begutachtung das Rechtsgefühl und das Vertrauen der Parteien stark beeinträchtigen. Gerade dieses Moment darf nicht außer Acht gelassen werden. Der Prozeß soll auf dem Vertrauen des Volkes basieren[9]). Wo das Gesetz dem Richter die Freiheit gibt, auf seine eigene Sachkunde abzustellen[10]), muß der Richter nicht nur seine eigene Kenntnis sorgfältig prüfen, sondern auch zwischen allen Vor- und Nachteilen richterlicher Begutachtung weise abwägen. Die konkreten Umstände wie Wichtigkeit des Rechtsstreites, Notwendigkeit rascher Erledigungen werden dabei eine nicht unbedeutende Rolle spielen.

Im st. gallischen Prozeß scheint die Befürchtung vor den Nachteilen, welche sich an die Verwertung der eigenen richterlichen Fachkenntnis knüpfen können, den Ausschlag gegeben zu haben. Das Gesetz verlangt in Art. 170 den Untersuch durch Sachverständige, „wenn solche Tatsachen in Frage kommen, deren Wahrnehmung oder Beurteilung *besondere Fachkenntnisse* erfordert“. In wel-

[7]) Levin, Prozeßleitung, p. 153. Bes. Fritzsche, Richteramt und Persönlichkeit, p. 18 ff.
[8]) Zürcher, sachverständige Richter, p. 20 ff.
[9]) Heusler, Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 56, p. 109 ff.
[10]) So z. B. Bern, Art. 264: „Ist ... zur Entscheidung einer Tatfrage Fachkenntnis erforderlich, die dem Richter abgeht .....“

chem Sinne diese Bestimmung auszulegen ist, geht deutlich aus dem Urteil der Rekurskommission vom 25. Jan. 1919 hervor: „Es widerspricht den Bestimmungen unseres Zivilprozeßrechtes, daß das Gericht bei der Feststellung und Beurteilung von Tatsachen, deren Beantwortung besondere Fachkenntnisse erfordert, auf das private Wissen eines einzelnen Richters abstellt. Wenn auch der Richter bei Beurteilung einer Streitsache nicht bloß seine Rechtskenntnisse, sondern auch seine Lebens- und allgemeinen Geschäftserfahrungen verwerten darf und soll, so verhält es sich doch anders hinsichtlich spezieller Berufskenntnisse. Für diesen Fall sieht das Gesetz die Bestellung einer Expertise vor". Aehnlich lautet der Entscheid des Kassationsgerichtes vom 26. Nov. 1921: „Der Richter darf sich nicht an die Stelle der Experten setzen. Auch wenn die Sachkunde bei einem einzelnen Mitglied des Gerichtes vorhanden ist, kann das Gericht nicht der Pflicht enthoben werden, den vom Impretanten angetragenen Expertenbeweis abzunehmen".

II. Die Rechtssätze bilden die Obersätze für die rechtliche Beurteilung des Prozeßgegenstandes. Die bewiesenen und die unbestrittenen erheblichen Tatsachen soll der Richter unter Rechtsnormen subsumieren und dadurch zu einem rechtlichen Urteil gelangen. Das ist die wesentliche Tätigkeit des Richters und weil er für das Recht der gegebene Fachmann ist, gilt der Satz: iura novit curia. Rechtlichen Ausführungen der Parteien kommt aus diesem Grunde nie rechtlich entscheidende Bedeutung zu, wiewohl faktisch Rechtserörterungen der Parteien zweckmäßig und klärend wirken können[11]). Die selbstverständliche Pflicht der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist wenigstens für das einheimische Recht ausdrücklich festgelegt in Art. 109: „Der Richter hat das einheimische Recht von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen". Unter dieses einheimische Recht fällt Bundes- und kantonales Recht, weil beide Instanzen gesetzgebende Funktionen ausüben.

Allein neben diesem einheimischen Recht gelangt oft auch ausländisches Recht zur Anwendung. Nach strenger Auslegung des Grundsatzes iura novit curia müßte der Richter auch dieses Recht von Amtes wegen anwenden. Diese Regel greift jedoch nur ein im Rahmen des Art. 109,2, das heißt in jenen Angelegenheiten, die durch das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter geordnet werden. In allen übrigen Fällen macht das Gesetz eine Ausnahme und schränkt zugleich den Kreis des von Amtes wegen anzuwendenden einheimischen Rechtes dadurch ein, daß es diese Ausnahme auch auf das inländische Gewohnheitsrecht erstreckt. In Art. 109 wird nämlich weiter bestimmt, daß der Richter fremdes und Gewohnheitsrecht nur dann anzuwenden braucht, „wenn er entweder sichere Kenntnis von dessen Inhalt hat

[11]) Vgl. Levin a. a. O. p. 122.

oder ihm dasselbe durch die Partei, welche sich darauf beruft, nachgewiesen wird". Der Richter hat demnach freie Wahl. Er kann von sich aus das ihm unbekannte Recht erforschen, unabhängig von den Parteien und durch Verwertung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel. Denn das Gesetz gibt dem Richter keine bindende Anweisung, wie er sich die sichere Kenntnis verschaffen soll. Daneben kann der Richter die Parteien zur Mithilfe heranziehen oder endlich sie allein wirken lassen und je nach dem Resultat das fremde Recht berücksichtigen oder nicht. In diesem Sinne hat unter Umständen die Partei Beweis zu erbringen und trägt sie in eigenartiger Weise für Rechtsnormen die Beweislast. Doch wirkt diese Beweislast nicht gleich wie jene beim Tatsachenbeweis. Wenn auch die behauptete Rechtsnorm nicht nachgewiesen werden kann, darf der Richter die beweisfällige Partei nicht ohne weiteres wegen mangelnder Rechtsvorschriften verurteilen. Aus Art. 109 ergibt sich das allerdings nicht. Er wird aber, soweit Bundesprivatrecht in Frage kommt, ergänzt durch Art. 1 Z. G. B. Danach muß der Richter, wo Gesetzes- und Gewohnheitsrecht fehlen, nach der Regel entscheiden, welche er als Gesetzgeber aufstellen würde[12]). Diese Regel hat z. B. der Luzerner Zivilprozeß tale quale in seinen Artikel 230 aufgenommen: „Das Gericht soll sich mit den zu beurteilenden Tatsachen aus der Verhandlung und den Akten bekannt machen, das Recht aber aus dem Gesetze schöpfen. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde". Dadurch, daß diese Ordnung in den Zivilprozeß aufgenommen worden ist, wirkt sie nicht nur für das Bundesprivatrecht, sondern für alle Rechtsverhältnisse schlechthin, die in die Kompetenz der Zivilgerichte fallen. Muß ausländisches Recht angewendet werden, mißlingt aber der Nachweis irgendwelcher Normen, die in Betracht fallen könnten, dann bleibt dem st. gallischen Richter tatsächlich nichts anderes übrig, als mangels genügenden Rechtsnachweises gegen die Partei, die das ausländische Recht angerufen, zu entscheiden. Diese Situation, welche Hellwig[13]) mit Recht als eine „höchst unerfreuliche" bezeichnet, wird durch die luzernische Regelung verhütet.

Man hat gegen eine Ordnung, wie sie St. Gallen in seinem Prozeßgesetz aufweist, auch aus dem Grunde Bedenken erhoben, weil sie dem Gericht allzu große Freiheit gewähre und es ganz in sein Belieben stelle, solche Rechtsnormen (fremdes und Gewohnheitsrecht) als

[12]) Vgl. Gmür, die Anwendung des Rechts nach Z. G. B., Art. 1, p. 132 ff. Danach hat Art. 1 nicht nur Geltung für Z. G. B. und O. R., sondern auch auf die neben dem Zivilgesetz stehenden eidgenössischen Gesetze privatrechtlichen Charakters. Sogar im Sch. K. G. werde sich öfters die Notwendigkeit zeigen, Art. 1 heranzuziehen.

[13]) p. 677, Anm. 14.

ihm bekannt oder nicht bekannt zu erklären[14]). Für diese Auffassung spricht zweifellos der Umstand, daß sich weder Gewohnheitsnoch ausländisches Recht durch einen geringeren Grad der Verbindlichkeit vom inländischen Gesetzesrecht unterscheiden. Jenes ist Ergänzung des Gesetzesrechtes, dieses aber wird angewandt kraft einer Kollisionsnorm des inländischen Rechts. Was in gleicher Kraft verbindlich, soll auch in gleicher Weise vom Gericht berücksichtigt werden. Die faktische Unmöglichkeit für den Richter, alle diese Rechtssätze zu kennen, berührt das Postulat der gesamten Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht. Der Richter wird dann eben verpflichtet, sich über die Existenz der zweifelhaften Rechtsnormen zu erkundigen. Andrerseits hat die Partei, welche sich auf ausländisches Recht oder inländisches Gewohnheitsrecht stützt, ein natürliches Interesse, dem Richter dieses Recht nachzuweisen. Sie kennt auch oft eher wie der Richter, besonders der Laienrichter, das anzuwendende Recht und erspart durch ihre Tätigkeit dem Gericht die vielleicht zeitraubende Mühe eigener Nachforschung. Diese Vorteile der Parteitätigkeit gehen aber gerade deshalb, weil die Partei in jedem Falle eine natürliche Beweislast[15]) für die Beschaffung der fraglichen Rechtssätze trägt, nicht verloren, wenn auch der Richter von Amtes wegen diese Normen kennen und anwenden muß. Er wird bei dieser Nachforschung stets auf die Mitwirkung der interessierten Partei rechnen können. So drängt die natürliche Entwicklung dahin, diese beiden Momente: gleiche Behandlung aller Rechtsnormen und Ausnützung der von Natur gegebenen Parteitätigkeit für den Nachweis fremden oder Gewohnheitsrechtes zu vereinigen. Die konkurrierende Tätigkeit von Gericht und Parteien verbürgt sicher das unter den gegebenen Verhältnissen bestmögliche Resultat. Dem Umfang nach dürfte allerdings die richterliche Forschungspflicht den konkreten Umständen des gerade hängigen Prozesses angepaßt werden: denn es wäre kaum zweckentsprechend, wenn der Richter wegen Kleinigkeiten umfassende Nachforschungen anzustellen hätte. Darum gestattet die Praxis dem Richter auch in jenen Fällen, wo das zitierte Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter die Anwendung des fremden Rechtes von Amtes wegen vorschreibt, in weitgehendem Maße auf die Parteitätigkeit abzustellen. Diese Milderung der richterlichen Forschungspflicht sollte jedoch unter keinen Umständen dazu führen, daß bei erfolgloser Nachforschung oder Lückenhaftigkeit des ausländischen Rechts einer Partei Unrecht widerfährt. Während Luzern, wie wir gesehen, diese Folge verhütet, im übrigen aber keine Bestimmung über den Nachweis fremden Rechts aufstellt, hat Zürich in seinem Art. 100 diese Materie vollkommen geregelt: „Bei der rechtlichen Beurteilung der Begehren und Einwen-

[14]) Vgl. Schurter p. 45.
[15]) Stein, priv. Wissen, p. 178.

dungen der Parteien hat der Richter die in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze (einheimisches und fremdes Recht) von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen. Handelt es sich indessen um fremdes Recht, von dessen Inhalt der Richter keine sichere Kenntnis hat, so darf die Uebereinstimmung mit dem hiesigen Recht angenommen werden, sofern nicht von einer Partei Abweichungen behauptet und nachgewiesen worden sind". Grundsätzlich wird dem Richter die Kenntnis des fremden Rechtes zugemutet. Er darf sich also inbezug auf Kenntnis und Verwertung des fremden Rechts nicht passiv verhalten Um aber den Prozeß nicht zu verzögern und jene zur Tätigkeit anzuspornen, welche über das anzuwendende Recht am besten informiert sind, gibt das Gesetz dem Richter die Befugnis, die Uebereinstimmung zwischen ausländischem und inländischem Recht zu vermuten. Die interessierte Partei mag dann diese Vermutung umstoßen[16]).

Auch die eigentliche Beweisführung wird durch die besondere Natur der Rechtssätze beeinflußt. Handelt es sich um ausländisches Gesetzesrecht, so wird der Nachweis am besten dadurch geführt, daß dem Gericht eine autorisierte Abschrift oder Uebersetzung vorgelegt wird. „Da das Dasein eines Rechtssatzes in Gesetzesform eine sinnlich wahrnehmbare Tatsache ist"[17]), kann der Nachweis auch durch andere Beweismittel geführt werden. Nicht so beim Gewohnheitsrecht. Seine Existenz ist keine konkrete, sinnlich wahrnehmbare, sondern eine abstrakte Tatsache, auf welche geschlossen wird durch die Beobachtung zahlreicher Einzelfälle. Soll also der Nachweis der Existenz eines bestimmten Gewohnheitsrechtes geführt werden, kann das logischerweise nur durch Sachverständige wie Gerichtsbehörden, Justizdepartemente usw. geschehen oder eventuell dadurch, daß der Richter sich nur die Einzelgeschehnisse beweisen läßt, um selbst aus ihnen den Rechtssatz zu abstrahieren. Diese Methode wird aber höchstens bei Usancen und Ortsgebrauch praktisch durchführbar sein[17]).

§ 3. Das Geständnis.

Der Begriff der beweisbedürftigen Tatsache setzt ihre Bestrittenheit voraus. Wo dieses Erfordernis fehlt, ist folgerichtig für den Beweis kein Platz. In diesem Sinne haben wir uns kurz mit dem Geständnis als Beweisausschließungsgrund zu befassen. Immerhin kommt diese weitgehende Wirkung nur dem sogen. gerichtlichen Geständnis zu: das außergerichtliche unterliegt anderen Grundsätzen.

Ein gerichtliches Geständnis liegt vor, wenn die Partei eine ihr im Rechtssinn ungünstige, von der Gegenpartei behauptete Tatsache vor einer gerichtlichen Behörde anerkennt (Art. 141,1). Das Ge-

[16]) Vgl. Streuli, Kommentar, p. 82/3.
[17]) Vgl. Stein, priv. Wissen, p. 180.

ständnis bewirkt Uebereinstimmung der gegenseitigen Parteierklärungen. Darum macht es grundsätzlich den Beweis überflüssig und scheidet aus der Reihe der Beweismittel aus[1]). Dieser beweisrechtlichen Bedeutung entsprechend bezieht sich das Geständnis nur auf das, was des Beweises bedürftig ist, also grundsätzlich nur auf erhebliche, vom Gegner behauptete Tatsachen. Doch bleibt das Geständnis reines Tatsachengeständnis, wenn es gegenüber einer lediglich juristisch gefärbten Tatsachenbehauptung erfolgt, da auch diese Gegenstand des Beweises sein kann[2]). Nun kommt es aber vor, daß eine Partei die von der Gegenpartei aufgestellte Rechtsbehauptung zugibt, ein sog. Rechtsgeständnis[3]) ablegt. Bildet diese zugestandene Rechtsbehauptung den eigentlichen Prozeßgegenstand, dann kommt naturgemäß diesem Anerkenntnis als Klageanerkenntnis die weitergehende Bedeutung zu, daß damit ein gerichtliches Prüfungsverfahren überhaupt überflüssig wird. Befaßt sich aber das Rechtsgeständnis mit einem präjudiziellen Rechtsverhältnis, dann wird nur dieses unbestrittene Urteilsgrundlage[4]). Weil aber der Bestand eines Rechtsverhältnisses von dem gesetzlich umschriebenen Tatbestand abhängt, bezieht sich das Rechtsgeständnis implicite auch auf die für die Rechtsfolgen notwendigen Tatsachen. Darum bilden Tatsachen- und Rechtsgeständnis keine Gegensätze, verbinden sich vielmehr sehr oft miteinander, weil sozusagen in jeder Erklärung des Gestehenden rechtliche und tatsächliche Elemente sich vereinigen.

Die Tatsache muß dem Gestehenden ungünstig, das heißt sie muß mit die Grundlage für das vom Gegner behauptete Recht sein. Ob die Tatsache diese Eigenschaft besitzt, richtet sich „jeweils nach der Beziehung der Tatsache zum gerade feststellungsbedürftigen Anspruch“[5]). Das Geständnis einer Tatsache hat ihre Behauptung zur begrifflichen Voraussetzung. Was nicht geltend gemacht wird, kann auch nicht zugestanden werden. Zeitlich kann jedoch die Erklärung, welche das Geständnis bildet, vor die Behauptung fallen. Dieses sogen. vorweggenommene Geständnis ist dann gegeben, wenn eine Partei aus irgendwelchen Gründen ihr ungünstige Tatsachen spontan anführt, sie nicht widerruft und die Gegenpartei ihrerseits diese Tatsache als ihre Behauptung aufstellt. Das gerichtliche Geständnis muß endlich vor einer richterlichen Behörde abgegeben werden. Das mag in der mündlichen Verhandlung oder in den vorbereitenden Rechtsschriften geschehen. Wenn die Parteien gehalten sind, bereits in ihren Prozeßeingaben sich über alle gegnerischen Anführungen auszusprechen (Art. 192,3), wird ein gerichtliches Geständnis vor allem dann anzu-

[1]) Vgl. Giesker, Geständnis im Zivil- und Kriminalprozeß p. 32.
[2]) Vgl. oben § 1.
[3]) Vgl. Hellwig p. 440.
[4]) Vgl. Hellwig p. 447.
[5]) Schmidt, Lehrbuch, p. 448.

nehmen sein, wenn aus diesen Rechtsschriften eine Behauptung offensichtlich als nicht bestritten hervorgeht[6]).

Das st. gallische Gesetz erwähnt das sogen. qualifizierte Geständnis nicht, das heißt jenes Geständnis, dem eine beschränkende Behauptung beigefügt wird, die ihrerseits ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält[7]). So kann der Beklagte den Empfang der Darlehenssumme zugeben, gleichzeitig aber behaupten, daß die Summe zurückbezahlt worden sei. Für den pfang des Darlehens liegt volles Geständnis vor, der Zusatz aber bildet eine selbständige, beweisbedürftige Tatsache. Die Partei kann ferner mit dem Zugeständnis einzelner Tatsachen eine Behauptung aufstellen, die mit der gegnerischen Anführung unvereinbar ist, z. B. daß sie die 100 nicht als Darlehen, sondern als Schenkung empfangen[8]) Das gesetzliche Stillschweigen vermag selbstredend das Vorkommen dieser Art Parteierklärungen nicht zu verhindern, überläßt es aber in vernünftiger Weise dem richterlichen Ermessen zu bestimmen, wie weit solche Zusätze und Einschränkungen das Geständnis beeinträchtigen[9]) . Im konkreten Fall hat das seine Bedeutung, weil das qualifizierte Geständnis die Beweislastverteilung beeinflußt[10]). Wie Heusler[11]) an einem Beispiel zeigt, muß gerade wegen der Beweislastwirkung die Behandlung des qualifizierten Geständnisses im Interesse der Gerechtigkeit unter ein höheres sittliches Prinzip gestellt werden. „Wer jeglichen Beweises für seine Behauptung ermangelt, kann sich nicht erst aus der Gegenrede der Gegenpartei sein Recht schmieden: er muß sie als Ganzes hinnehmen, mit allen ihren Wenn und Aber, auch wenn es reine Einreden sind". Gestehe in einem solchen Falle eine Partei freiwillig einzelne Tatsachen zu (Empfang des Darlehens), führe aber gleichzeitig zu ihrer Entlastung andere an (Zurückbezahlung), so solle man ihr nicht nur für die eine Hälfte ihrer Erklärung Glauben schenken, für die andere aber ihn ihr versagen; denn dann verdiene die Partei für alles, was sie sage, gleichen Glauben.

Die Verantwortlichkeit der Parteien für die Stoffsammlung und ihre Freiheit bezüglich der tatsächlichen Anführungen verleiht dem Geständnis seine bindende Wirkung. Was einmal zugestanden ist, muß der Richter seinem Urteil zu Grunde legen. Er hat weder das Recht noch die Pflicht zu prüfen, ob das Zugeständnis der Wahrheit

---

[6]) So ausdrücklich Luzern, Art. 107,2.
[7]) Vgl. Bern, Art. 217, Genf, Art. 164.
[8]) Vgl. Leuch zu Bern 217, Note 1. Hellwig, p. 439.
[9]) Es fehlt übrigens nicht an Stimmen, die ein qualifiziertes Gest. nicht anerkennen, da unwesentliche Zusätze das Geständnis nicht alterieren würden, inbezug auf wesentliche ein Geständnis überhaupt nicht vorliege. So Giesker, Geständnis, p. 53.
[10]) Vgl. Kuhn, Beweislast, p. 44.
[11]) In Zivilprozeß der Schweiz, p. 128.

entspricht. Zu einer Ausnahme nötigt allerdings das Geständnis offenkundig unwahrer oder unmöglicher Tatsachen. Denn es widerspricht dem Gedanken der Rechtspflege, dort Recht zu gewähren, wo die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen, abgesehen davon, daß die Berücksichtigung solcher Behauptungen die Justiz unfehlbar der Lächerlichkeit und Mißachtung preisgeben müßte. Diese weitgehende Wirkung des Geständnisses will aber nicht bedeuten, daß der Zivilprozeß nur sogenannte formelle Wahrheit anstrebt. Die Erfahrung zeigt, daß die zugestandenen Tatsachen im Regelfall der objektiven Sachlage entsprechen[12]). Die Partei, Schritt auf Schritt aufmerksam gemacht auf die entscheidende Bedeutung ihrer Prozeßhandlungen, wird mit größter Wahrscheinlichkeit nur das ihr Nachteilige zugeben, was sie unter dem psychischen Zwang der Wahrheit nicht abzuleugnen wagt. Sowie aber eine Partei bewußt ein falsches Zugeständnis macht, kann sie nicht über Verletzung der Gerechtigkeit klagen, wenn zu ihren Ungunsten entschieden wird. Die Parteien verfügen frei über ihr Recht, nicht einmal der Richter kann es ihnen aufzwingen. In diesem Sinne hängt die Geständniswirkung eng zusammen mit der Verhandlungsmaxime. Darin liegt der Grund, warum das Geständnis überall dort, wo das öffentliche Interesse nach der Ermittlung des objektiven Sachverhaltes verlangt, niemals feststellende, beweisausschließende Kraft, sondern nur den Charakter eines frei zu würdigenden Indizes aufweist[13]).

Auch im Rahmen der Verhandlungsmaxime darf die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses keine absolute sein. Fälle, wo eine Partei irrtümlich und der Sachlage nicht entsprechend Zugeständnisse macht, sind nie ausgeschlossen. Das st. gallische Gesetz spricht sich über den Geständniswiderruf nicht aus, die Praxis hat aber erkannt, daß das Geständnis aus „stichhaltigen Gründen" widerrufen werden kann[14]). Es ist nicht ohne weiteres klar, was alles unter diese stichhaltigen Gründe gebracht werden darf. Die einzelnen kantonalen Gesetze, welche den Widerruf ausdrücklich normieren, weichen teilweise voneinander ab. Bern erklärt in 216: „Kann eine Partei glaubwürdig dartun, daß sie eine Tatsache irrtümlicherweise zugestanden hat oder ist sie in schuldhafter Weise von der Gegenpartei dazu veranlaßt worden, so kann sie ihr Geständnis zurückziehen". Dagegen erlauben z. B. Neuenburg und Genf (Art. 210,3 resp. 163) den Widerruf nur, wenn das Geständnis die Folge eines Tatirrtums (la suite d'une erreur de fait) nicht aber eines Rechtsirrtums war, während Wallis (Art. 185) es dabei bewenden läßt, daß das Geständ

[12]) Vgl. Gaupp-Stein p. 652, Note 10.

[13]) Vgl. z. B. Wallis 186,1: „In Ehestreitigkeiten oder in Fragen, betreffend den Personenstand, kann das Geständnis der Parteien allein nicht als vollgültiger Beweis gelten." Ferner allgemein Z. G. B. 158 Ziff. 3. Giesker p. 32/3. Fitting p. 369.

[14]) Urteil des Kass. Ger. vom 8. Nov. 1918.

nis durch einen Irrtum veranlaßt wurde. Darin stimmen alle Gesetze überein, daß man jener Partei den Widerruf erlauben muß, die sich über die dem Geständnis zu Grunde liegenden Tatsachen geirrt hat, eine Erklärung dieses Inhaltes gar nicht abgeben wollte. Darüber hinaus wird auch im st. gallischen Prozeß die schuldhafte Veranlassung des Geständnisses durch die Gegenpartei zu den stichhaltigen Gründen gerechnet werden müssen. Beim Mangel irgendwelcher Bestimmungen entscheidet das richterliche Ermessen auch über die Frage, wie lange ein Geständnis widerrufen werden kann. Es rechtfertigt sich jedoch die Regel über das Vorbringen neuer Beweismittel in der Weise analog anzuwenden, daß der Gegenpartei angemessener Aufschub gewährt wird, wenn sie sich durch den Widerruf zu weiteren Beweismaßnahmen genötigt sieht. Allen diesen Methoden gegenüber ist m. E. die Lösung, wie sie das österreichische Recht kennt und wie sie auch von Leuch empfohlen wird[16]), besser. Das Geständnis soll beliebig widerruflich sein; ob aber und welche Bedeutung dem Widerruf beizumessen ist, „hat das Gericht nach seinem durch sorgfältige Abwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurteilen“[17]). Dadurch wird dem Richter die Möglichkeit gegeben, jedem Geständniswiderruf den ihm eigentümlichen Wert zu verleihen. Weil nach wie vor die Gründe des Widerrufs eine ausschlaggebende Rolle spielen, trägt diese freiere Auffassung genügend Sorge zur Verhütung leichtsinniger oder trölerhafter Geständnisse.

In der Literatur herrscht Streit darüber, welche rechtliche Natur dem Geständnis eigen ist. Während Hellwig in ihm eine einfache Wahrheitserklärung sieht[18]), charakterisieren andere das Geständnis als eine auf Feststellung der zugestandenen Tatsachen hinzielende Willenserklärung[19]). Die Praxis zeigt allerdings, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle die zugestandene Tatsache der Wahrheit entspricht[20]), in diesem Sinne also Wahrheitserklärung ist. Andrerseits aber legt die Befugnis der Parteien, durch ihre Erklärungen über die Beweisbedürftigkeit der einzelnen Tatsachen zu entscheiden, den Gedanken nahe, daß sie durch das Geständnis bewußt ihre Verfügungsmacht betätigen. Jedenfalls ist das Geständnis Parteiwillenserklärung in dem Sinn, daß die gestehende Partei von ihrer Befugnis zum Geständnis Gebrauch machen will. In diesem Willen können zweierlei Motive liegen: die Erklärung kann Ausdruck des Aussagewillens, das heißt vornehmlich Wissenserklärung sein oder die Betätigung des die unmittelbare Feststellung einer Tatsache verursachenden

16) Vgl. von Schrutka p. 195. Leuch zu Bern 216, Note 1.
17) von Schrutka p. 195.
18) System p. 438.
19) Wach, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 64, p. 211 ff. Pollak, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 18, p. 342.
20) Vgl. Note 12.

Dispositionswillens[21]). Seiner äußeren Gestaltung nach ist das Geständnis einseitige Erklärung an das Gericht. Es bedarf deshalb der Annahme durch den Gegner nicht, kann vielmehr auch in dessen Abwesenheit geleistet werden.

Wie wir bereits gesehen, gibt das Gesetz keinen Aufschluß darüber, wann ein Geständnis vorliegt[22]). Die Bindung von Parteien und Richter an das Geständnis verlangt jedoch eindeutiges Verhalten der Partei, welches mit Sicherheit auf ihren Willen zum Geständnis schließen läßt. Dies ist aber nicht nur der Fall bei ausdrücklicher Erklärung Das Geständnis kann auch stillschweigend durch konkludentes Handeln zum Ausdruck gelangen. Doch sollte dadurch nicht die Grenze zwischen Nichtbestreiten und Zugestehen verwischt werden. Die beiden Begriffe sind nicht identisch und weichen vor allem in ihren Wirkungen stark voneinander ab. Das bloße Nichtbestreiten schließt die Beweiserhebung nur „provisorisch bis auf weiteres" aus und hindert die Partei durchaus nicht, durch nachträgliche Bestreitung die Tatsache beweisbedürftig zu gestalten[23]). Sowie aber ein Geständnis vorliegt, müssen mindestens stichhaltige Gründe den Widerruf rechtfertigen, was in vielen Fällen nichts anderes bedeuten will, als daß der Gestehende das Gegenteil der zugestandenen Tatsache wenigstens glaubhaft machen muß. Im Stillschweigen der Partei wird darum der Richter nicht ohne weiteres ein Zugeständnis erblicken dürfen, sondern sich erst nach Berücksichtigung des gesamten Verhaltens der Partei und eventuell Befragung derselben für oder gegen die Annahme eines Geständnisses entscheiden. Gegen die stillschweigende Partei spricht allerdings der Umstand, daß infolge der Streitnatur des Prozesses das Gesetz die Parteien verpflichtet, auf alle gegnerischen Behauptungen schon in den Rechtsschriften bestimmt und deutlich zu antworten (Art. 192/3).

Was endlich die Frage der Legitimation zum Geständnis anbetrifft, so erklären z. B. Wallis (Art. 184) und Genf (Art. 163) ausdrücklich, wer verbindlich Geständnis ablegen kann. «L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie, son avocat ou la personne sous la puissance ou l'autorité de laquelle elle se trouve» (Genf). Aber auch der Nebenintervenient kann ein für die Partei verbindliches Geständnis ablegen. Weil das Gesetz auch hierüber keine Bestimmung enthält, so empfiehlt sich in allen diesen Fällen die im deutschen Gesetz vorgesehene Regelung[24]), daß nämlich bei Intervenienten und Prozeßbevollmächtigten ein wirksames Geständnis nur vorliegt, wenn die Partei bei ihrer Anwesenheit nicht sofort, sonst aber innert nützlicher Frist dieses Geständnis nicht widerruft.

---

[21]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 454.
[22]) Vgl. oben § 1.
[23]) Schmidt, a. a. O. p. 451/2.
[24]) Vgl. Gaupp-Stein p. 654, Note 3.

Dem außergerichtlichen Geständnis fehlt gegenüber dem gerichtlichen das eine wesentliche Moment, daß es nicht vor einer richterlichen Behörde abgegeben wird. Die Tatsache des Zugestehens wird dem Richter nicht durch eigene Wahrnehmung, sondern durch fremde Ueberlieferung bekannt und zwar wie jede andere Tatsache durch irgend ein Beweismittel. Gelingt dieser Beweis, dann ist der Richter überzeugt, daß die Partei ein Geständnis abgelegt hat. Hier drängt sich aber ohne weiteres die Frage auf, ob das nachgewiesene außergerichtliche Geständnis mit gleicher Kraft wirken soll wie das gerichtliche. Der st. gallische Gesetzgeber hat diese Frage verneint: „Ein nachgewiesenes außergerichtliches Geständnis würdigt der Richter unter Berücksichtigung aller Verhältnisse nach freiem Ermessen" (Art. 141,2)[25]. Diese Regelung ist einmal psychologisch sehr wohl begründet, da beim außergerichtlichen Geständnis ganz andere Einflüsse sich geltend machen können wie beim gerichtlichen. Dann aber behandelt sie richtigerweise das außergerichtliche Geständnis seiner rechtlichen Natur nach als Indiz[26]. Das außergerichtliche Geständnis gibt nur eine natürliche Vermutung für die Existenz einer Tatsache. Wie überzeugend sich die Schlußfolgerung darstellt, hängt ganz von den konkreten Umständen ab. Wie jedes Indiz kann auch das außergerichtliche Geständnis durch Gegenbeweis entkräftigt werden und zwar durch den Nachweis, daß entweder die Tatsache des Zugestehens oder aber der behauptete Inhalt des Geständnisses nicht wahr ist[27].

[25]) Ebenso Schwyz 207, Zug E. 202, App. A.-Rh. 108, Neuenburg 210, Genf 162.
[26]) Stein, priv. Wissen, p. 6.
[27]) Vgl. Giesker, Geständnis, p. 55/58.

II. Kapitel. Beweislast und Beweiswürdigung.

§ 4. Die Beweislast.

Mit der Frage nach dem Gegenstand des Beweises ist noch nicht entschieden, wer zu beweisen hat. Für diese Betrachtung scheidet das Gericht insofern aus, als es Beweisempfänger ist und nicht selbst den Beweis zu erbringen hat. Wohl aber liegt ihm die Entscheidung dieser Frage ob, welche besonders für die Parteien von größter Bedeutung ist. Denn ihnen ist die Sorge für die Beweisbeschaffung überbürdet; sie tragen grundsätzlich die Verantwortung für die Stoffsammlung[1]). Damit ist mit der Frage nach dem Beweissubjekt gleichzeitig die weitere gelöst, welcher Partei es zum Schaden und Nachteil gereicht, wenn eine Tatsache unbewiesen bleibt. Praktisch wird diese Ueberlegung, sobald Kläger und Beklagter gleich starke Argumente vorbringen. Denn wenn die prozessualen Voraussetzungen erfüllt sind, muß der Richter den Streitfall entscheiden; er darf die Parteien nicht mit einem «non liquet» entlassen[2]).

Vom Rechte wird bestimmt, welche Tatsachen vorhanden sein müssen, damit eine beanspruchte Rechtsfolge eintreten kann. Bei Bestrittenheit dieser tatsächlichen Voraussetzungen wird eine Partei mit ihrem Rechtsbegehren solange nicht durchdringen, als sie nicht durch geeignete Beweismittel die Existenz dieser Tatsachen nachweist. Allerdings verlangt das Gesetz nicht, daß diese Tatsachen nur durch jene Partei bewiesen werden können, für deren Rechtsanspruch sie die Voraussetzung bilden. Möglich ist, daß eine Partei Tatsachen und Beweise anführt, welche zur Stützung der gegnerischen Behauptung dienen. Art. 141,3 sichert der Partei solche vom Gegner vorgebrachte Beweise; denn er bestimmt, daß Beweismittel, welche eine Partei zu den Akten gebracht oder angemeldet hat, gemeinschaftlich sind und ohne Zustimmung des Gegners nicht zurückgezogen werden können. Daneben kann eine Partei auch durch ihr Geständnis die gegnerische Beweisführung überflüssig machen. Allein dies alles berührt den wesentlichen Punkt nicht. Die Nichterwiesenheit einer bestrittenen Tatsache wirkt in jedem Fall nur zu Ungunsten jener Partei, deren Rechtsanspruch sich auf diese bestrittene Tatsache gründet. Der Beweis liegt im ausgesprochenen Interesse dieser Partei. Gelingt er, dann mag sie ihr Recht verwirklichen; mißlingt er aber, dann wird sie eben vom Richter abgewiesen. Unter diesen Umständen führt das natürliche Interesse die Partei dazu, selbst für den Beweis besorgt zu sein und es nicht dem seltenen Zufall zu überlassen, daß der Gegner ihr den Beweis erspart. In dieser Gefahr liegt das charakteristische Merkmal der Beweislast. Sie ist „die durch Behauptung, nöti-

[1]) Vgl. unten § 6.
[2]) Hellwig p. 466.

genfalls durch Beweis abwendbare Gefahr des Unterliegens“[3]). Wer sie trägt, der muß beweisen. Die oben angeführte Frage, wer zu beweisen habe, spitzt sich zu der Frage nach dem Träger der Beweislast zu.

Hier ergibt sich sofort ein wesentlicher Unterschied zwischen Strafprozeß und Zivilprozeß. Auch der strafrechtlich Angeschuldigte hat ohne Zweifel ein großes Interesse daran, daß möglichst viel Umstände zu seiner Entlastung sprechen. Auch er trägt für den Beweis dieser tatsächlichen Verhältnisse ein Risiko, das faktisch von demjenigen der zivilprozessualen Partei nicht wesentlich verschieden ist. Und doch kann es sich im Strafprozeß niemals um eine Beweislast im rechtlichen Sinne handeln. Denn wenn auch der Angeklagte nicht die geringste Mühe aufwendet zu seiner Verteidigung, so kann ihm nur wegen dieser Untätigkeit allein kein rechtlicher Nachteil erwachsen. Das Gericht wird durch sein Verhalten nicht im geringsten der Pflicht enthoben, von sich aus nach Entlastungstatsachen zu forschen. Ganz anders im Zivilprozeß. Hier liegt die Initiative zu Angriff und Verteidigung auch rechtlich ganz auf Seite der Partei. Läßt sie ihre bestrittene Behauptung beweislos, dann hat der Richter keine Veranlassung, sich seinerseits um die Feststellung der fraglichen Tatsachen zu bekümmern. Diese bleiben bestritten. also kann auch der von der Partei geltend gemachte Rechtsanspruch nicht verwirklicht werden. Dieser wesentliche Unterschied zwischen dem strafprozessualen und dem zivilprozessualen Beweisverfahren liegt im Gegensatz von Parteiverantwortlichkeit und Richterverantwortlichkeit in der Stoffsammlung, von Verhandlungs- und Offizialmaxime begründet. Die Beweislast hat nur dort Bedeutung, wo der Grundsatz der Parteiverantwortlichkeit herrscht[4]). Je mehr dieser zurückgedrängt wird, desto schwächer wirkt die Beweislast. Wo auch im Zivilprozeß das Untersuchungsverfahren eingreift. wird die Beweislast, wenn nicht ganz aufgehoben, so doch auf ein Mindestmaß beschränkt; denn der Richter forscht hier als Repräsentant des öffentlichen Interesses nach Existenz oder Nichtexistenz der erheblichen Tatsachen.

Auch im Rahmen des ordentlichen Zivilprozesses modifizieren bestimmte Verhältnisse die Bedeutung der Beweislast. Sie wird sich ganz anders auswirken unter der Herrschaft einer straffen Beweistheorie als unter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Denn je schwieriger der Beweis zu erbringen ist, desto drückender lastet die Beweislast auf einer Partei. Auch das in Art. 4 Z. G B. statuierte Prinzip des freien richterlichen Ermessens berührt insofern die Beweislast, als in allen diesen Fällen das materielle Recht, wie wir sehen

[3]) Kuhn, Beweislast, p. 4.
[4]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 127.

werden die Grundlage der Beweislast, nicht völlig feststeht, sondern vom Richter erst näher präzisiert werden muß[5]).

Eine der folgenschweren Aufgaben des Richters im Beweisverfahren bildet die Verteilung der Beweislast. In zahlreichen Fällen beeinflußt sie unmittelbar das Endurteil. Denn nur selten werden beide Parteien gleichmäßig in der Lage sein, den Beweis zu führen. Art. 140 gibt die allgemeine Regel: „Beweispflichtig und beweisberechtigt ist diejenige Partei, welche eine solche (sc. beweisbedürftige) Tatsache behauptet und ein rechtliches Begehren darauf stützt". In dieser gesetzlichen Fassung will Beweispflicht nicht bedeuten, daß die Partei zum Beweise direkt gezwungen werden könnte. Das Gesetz läßt ihr die Freiheit zu beweisen oder nicht zu beweisen. Es bestimmt nur die rechtlichen Folgen für den Fall, daß sich die Partei nicht um den Beweis bekümmert. Das Recht zum Beweis besteht darin, daß der Partei, welche die Beweislast trägt, die angetragenen Beweise auch abgenommen werden müssen, sofern sie nur erheblich sind. „Art. 140 ist verletzt, wenn die Impretanten für eine erhebliche und bestrittene Tatsache einen Beweisantrag durch ein gesetzliches Beweismittel gestellt haben und wenn dieser Beweisantrag abgelehnt worden ist"[6]).

Diese einfache Regelung über die Beweislastverteilung kann in Einzelfällen zu Schwierigkeiten führen, vor allem wenn sich Behauptung und Gegenbehauptung kontradiktorisch gegenüberstehen. Schon das gemeine Recht hatte wegleitende Prinzipien aufgestellt, die teilweise heute noch Geltung beanspruchen[7]). Die Beweislast besteht nur für den sog. Hauptbeweis, das heißt wer Tatsachen behauptet, um damit seinen Rechtsanspruch zu begründen, der allein trägt das Risiko für den Beweis dieser Tatsachen. Wer eine dieser Tatsachen schlechthin leugnet, wird damit auf keinen Fall beweispflichtig. Er zwingt damit nur den Gegner zum Beweise, weil dieser und nicht er Rechte aus der fraglichen Tatsache ableitet[8]). Die Formel des gemeinen Zivilprozesses lautete: «Probatio incumbit ei qui dicit non qui negat». Dieser Satz darf aber nicht so interpretiert werden, daß eine Beweislast nur für positive Behauptungen besteht. Wer aus der Nichtexistenz einer Tatsache Rechte ableitet, der muß auch dafür die Beweislast tragen[8]). Wenn ferner eine Partei den gegnerischen Beweis widerlegen oder doch wenigstens erschüttern will, übernimmt sie noch nicht die Beweislast; denn auch in diesem Falle stellt die Partei keine selbständigen rechtswirksamen Tatsachen auf. Sind Haupt- und Gegenbeweis gleich stark, dann muß zu Ungunsten jener Partei entschie-

[5]) Vgl. Gmür, Kommentar z. Z. G. B., Art. 4, Ziffer 14 und Art. 8, Ziffer 14.
[6]) Urt. des Kass. Ger., 20. Februar 1907
[7]) Vgl. Planck, p. 170 ff.
[8]) Vgl. Kuhn, Beweislast, p. 70.

den werden, welche für den Hauptbeweis verantwortlich ist. Die Beweislast geht erst in dem Moment auf die Gegenpartei über, in welchem sie nicht den Hauptbeweis an sich widerlegen, sondern die durch denselben festgestellten Tatsachen durch Geltendmachung neuer rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen unwirksam machen will Dieser Gegenbeweis ist Hauptbeweis: reus excipiendo fit actor[9]). Die Beweislastverteilung ist demnach unabhängig von der Parteirolle; abwechselnd können Kläger und Beklagter die Beweislast übernehmen.

Art. 140 hat nur so weit Geltung, als nicht Bundesprivatrecht in Frage kommt. Für dieses hat Art. 8 Z. G. B. die Beweislast abschließend geregelt. Zudem finden wir im Bundesprivatrecht zahlreiche Spezialbestimmungen über die Beweislast. Auch wo diese zur Anwendung gelangen, ist die kantonale zivilprozessuale Vorschrift außer Kraft gesetzt[10]). In der allgemeinen Regel stimmt übrigens Art 140 mit Art. 8 Z. G. B. überein. Die bundesgesetzliche Regelung hat im Gebiet des schweizerischen Privatrechts die in der Literatur unausgetragene Streitfrage [11]) nach der rechtlichen Natur der Beweislast endgültig entschieden. Durch Art. 8 Z. G. B. wird die Beweislastregel zu einer Norm des materiellen Rechts gestempelt. Tatsächlich wird sich die Beweislast nur aus dem materiellen Recht bestimmen lassen. Denn es allein setzt die rechtserheblichen Tatsachen fest, ohne die eine Rechtswirkung unmöglich ist[12]). Allein diese Tatsachen müssen im Rechtsstreit geltend gemacht werden, sie müssen in den Prozeß eingeführt und nötigenfalls bewiesen werden. Damit erhält die Beweislast auch prozessualische Funktion. So läßt sich der Begriff der Beweislast etwa in die Wachsche Formel[13]) kleiden: „Die Beweislast hat materiellen Inhalt, das ist ihr Thema, allein eine materielle Beweislast, die nicht zugleich eine prozessualische sein soll, ist contradictio in adjecto“.[14])

---

[9]) Planck a. a. O. Fitting, p. 363 ff.

[10]) Vgl. Urteil des Kant. Ger., 7. Dezember 1920: „Das Z. G. B. regelt nur privatrechtliche Verhältnisse. Es erfaßt also Bestimmungen, welche öffentliches Recht sind, nicht. In Fragen des öffentlichen kantonalen Rechts ist der kantonale Gesetzgeber insofern frei, als das Individuum dadurch nicht rechtlos wird.“ Dazu Gmür, Kom. Art. 8, Z. G. B., Ziffer 4.

[11]) Vgl. Kuhn, pag. 9 ff.

[12]) Keine Beschränkung, sondern nur eine Ausnahme, welche die Regel bestätigt, liegt darin, daß dort, wo das Beweisthema selbst prozessualer Natur ist, die Beweislast prozessualen Inhalt hat.

[13]) Zitiert bei Kuhn, Beweislast, p. 13.

[14]) Einen eigenen Weg in der Lehre der Beweislastverteilung geht Gautschi. Nach ihm soll die Beweislastverteilung auf einer Theorie der Zweckmomente basieren, z. B. ergäbe sich aus dem Postulat des Aequivalenzmomentes die Regel, daß der Beschenkte beweisen müsse. Vgl. p. 13/14.

Als spezielle Ausnahmebestimmungen über die Verteilung der Beweislast treten die gesetzlichen Vermutungen auf. Sie stellen von Gesetzes wegen beim Vorhandensein der Ausgangstatsache die ihr entsprechende rechtserhebliche Tatsache (Tatsachenvermutung) oder die Rechtsfolge unmittelbar fest (Rechtsvermutung) und übertragen so die Beweislast auf jene Partei, welche der Vermutung widerspricht[15]).

§ 5. Die Beweiswürdigung.

Durch das Beweismittel soll die Existenz oder Nichtexistenz einer Tatsache festgestellt werden Ob das Beweismittel für diesen Zweck tauglich ist, hängt ab von seiner Beweiskraft, d. h. von der Intensität der Beweisgründe, die in ihm verkörpert sind. Die Beweiskraft ist nicht eine zum vornherein bekannte Größe. Ihre Feststellung verlangt eine eingehende Prüfung und Untersuchung der einzelnen Beweisgründe. An sich könnte diese Prüfung sowohl durch die Parteien als auch durch den Richter geschehen Faktisch eignen sich die Parteien nicht dazu, weil sie in ihren einseitigen Interessen befangen kaum zu einem objektiven Befunde gelangen würden. Mit der Qualität des Beweismittels bliebe die zu beweisende Tatsache selbst problematisch und für die Urteilsgrundlage nicht verwertbar. Darum muß über den Wert des Beweismittels die parteilose, richterliche Instanz entscheiden. Dem Gericht und nicht der Gegenpartei wird bewiesen. Damit ist aber noch nicht gesagt, wann der Richter die genügende Beweiskraft bejahen, den Beweis als gelungen erklären darf. Das Gesetz kann für die Bewertung der Beweise die richterliche Ueberzeugung als Maßstab anerkennen. Es kann aber auch selbst diese Bewertung vornehmen, bestimmt beschaffene Beweismittel für unbedingt beweiskräftig erklären und dem Richter nur noch die Untersuchung anstellen lassen, ob die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden seien. Auf diesem Boden bewegte sich die gemeinrechtliche Beweistheorie. Sie mißtraute der richterlichen Ueberzeugung und schrieb genau vor, wann ein Beweis als erbracht zu betrachten sei. Die moderne Gesetzgebung hat im Richter wiederum[1]) neben dem juristischen auch den gesunden Menschenverstand entdeckt, der wohl fähig ist, nach allgemein gültigen Grundsätzen eine Tatsache als existent oder nichtexistent anzunehmen.

Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung, zu welcher sich auch das st. gallische Gesetz — einige Ausnahmen abgesehen — bekennt[2]), hat die autoritative Stellung des Richters in hohem Maße

---

[15]) Vgl. Gmür a. a. O., Ziffer 17/19.

[1]) Das römische Recht gab dem judex grundsätzlich freie Beweiswürdigung si paret, condemna . . . . si non paret, absolve .

[2]) Art. 110: „In der Würdigung der Beweise ist der Richter nur an seine Ueberzeugung gebunden, sofern ihm das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt.

verstärkt. Denn die Beweiswürdigung bildet so recht den Mittelpunkt des Beweisverfahrens, da schließlich alles davon abhängt, ob die rechtserhebliche Tatsache als gegeben oder nicht gegeben erachtet wird. Diese richterliche Freiheit setzt gerade darum einen hochqualifizierten Richterstand voraus, der das nötige Rüstzeug mit sich bringt. Hier zeigt es sich vor allem, ob der Richter den nötigen Erfahrungsschatz besitzt, um auf allgemeingültige Gründe gestützt sich von der Existenz einer Tatsache überzeugt zu erklären. Denn um die Beweise technisch richtig zu würdigen, muß der Richter ein erfahrener Mann im besten Sinne des Wortes sein, um sie moralisch recht zu würdigen, braucht es eine charakterfeste und gewissenhafte Richterpersönlichkeit[3]). Die Wichtigkeit der Beweiswürdigung läßt wenigstens in etwas die gesetzliche Beweistheorie begreifen. Ihre Beweisregeln waren gewissermaßen goldene Durchschnittserfahrungen, welche den Richter vor jeder abwegigen Beurteilung hüten sollten. In dieser Eigenschaft als aus der Erfahrung gewonnene Regeln werden sie ihren Wert auch unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung behalten[4]).

In der Freiheit der Beweiswürdigung liegt die Gefahr ihres Mißbrauches. Man kann den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht aufstellen, ohne seine Grenzen und Funktionen genau zu fixieren. Die Beweiswürdigung darf vor allem kein Akt der richterlichen Willkür sein. Mit der freien Beweiswürdigung „ist nicht der Willkür Tür und Tor geöffnet". (Urteil der Rek. Kom. 14. 10. 1902.) Die richterliche Ueberzeugung muß sich vielmehr gründen „auf die allgemein gültigen, für die Feststellung der historischen Wahrheit überhaupt maßgebenden Regeln der Logik und der Erfahrung"[5]). Subjektive Einflüsse sind darum nach Möglichkeit auszuschalten Sie gefährden die sachliche Würdigung und bringen die Hauptstütze der richterlichen Autorität, die Unparteilichkeit, ins Wanken. Um eine möglichst objektive Würdigung zu garantieren, soll der Richter die Gründe, welche für die Bildung seiner Ueberzeugung maßgebend waren, im Urteil anführen. Das ergibt sich allerdings nicht ohne weiteres aus dem Gesetz. Art. 116 sagt nur, daß das Urteil enthalten soll: „ . . eine gedrängte Darstellung der wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse und Anträge der Parteien, wie sich dieselben aus den Prozeßeingaben, den Vorträgen und Protokollerklärungen der Parteien sowie aus weiteren Beweisaufnahmen usw. ergeben: die rechtlichen Erwägungen . . .".

Die Anführung der Gründe, welche bei der Beweiswürdigung für die richterliche Ueberzeugung maßgebend waren, ist jedoch uner-

---

[3]) Vgl. Reichel, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 51, p. 392 ff. Fritzsche, Richteramt und Persönlichkeit.
[4]) Vgl. Stein, privates Wissen, p. 33; Heusler, Grundlagen, p. 224.
[5]) Gaupp-Stein, p. 643.

läßliche Voraussetzung zur Ueberprüfung der Beweiswürdigung und rechtfertigt sich umsomehr, als das Gesetz auch schon zur Abänderung des Beweisdekretes ausdrückliche Begründung verlangt (Art. 214)[6]. Die freie Beweiswürdigung gestaltet den Prozeß zu einem Kampf um die richterliche Ueberzeugung, diese wird das Ziel des Beweises[7]. Dieser Umstand fordert, daß der Richter in seiner Beweiswürdigung der konkreten Sachlage gerecht zu werden trachtet. Das Ziel muß den Mitteln angemessen, für sie erreichbar sein. Also kann unmöglich der absolut beste, sondern nur der unter den herrschenden Umständen bestmögliche Beweis Maßstab für die richterliche Ueberzeugung sein. Eine das Gegenteil absolut ausschließende Sicherheit wird kein Beweismittel schaffen, eine mathematische Gewißheit ist für den Zivilprozeß unerreichbar. Je schwieriger der Beweis zu erbringen ist, desto weniger hohe Anforderungen dürfen an ihn gestellt werden. Es kann Fälle geben, wo selbst eine bloße Wahrscheinlichkeit oder ein bloßes Glaubhaftmachen genügen muß. So ist der richterliche Eid für solche Fälle vorgesehen, wo der Sachlage nach eine Tatsache nur wahrscheinlich gemacht werden kann, ebenso ist das neue Recht zulässig, wenn wahrscheinlich gemacht wird, daß das Urteil durch eine strafbare Handlung beeinflußt worden ist (Art. 180 resp. 318 c.). Gerade dadurch, daß die freie Beweiswürdigung die Berücksichtigung aller Umstände ermöglicht, dient sie weit eher der Gerechtigkeit als die unabänderlichen, feststehenden Regeln der gemeinrechtlichen Beweistheorie.

Die Beweiswürdigung setzt ihrem Begriffe nach ein Beweisverfahren voraus. Nun wird aber gelegentlich in der freien Beweiswürdigung auch die Befugnis des Gerichtes erblickt, aus beweisloser Verhandlung die Ueberzeugung zu schöpfen[8]. Von einer Beweiswürdigung kann selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn die Parteien über das Tatsächliche einig sind und nur verschiedene Rechtsstandpunkte geltend machen. Wohl aber ist bei bestrittenen Tatsachen denkbar, daß sich die richterliche Ueberzeugung ohne Beweisverhandlung bilden kann. Die Art und Weise des Parteivorbringens, Glaubwürdigkeit der Partei, Widersprüche in den Aussagen, all das kann die richterliche Ueberzeugung entscheidend beeinflussen. Mag es sich hier richtigerweise um eine Wahrheitswürdigung, um ein Fürwahrhalten[9] handeln, der wesentliche Punkt liegt darin, ob diese Interpretation der freien Beweiswürdigung auf

[6]) Vgl. Urteil der Rek. Kom., 16. Juli 1915, wo speziell für den Urkundenbeweis gesagt wird, „daß zu einer richtigen Urteilsbegründung die Erwähnung der Umstände gehört, die den Sachrichter dazu führen, auf die betreffende Urkunde abzustellen und sie als glaubwürdig anzuerkennen." Auch Leuch zu Bern, Art. 204, Note 3.
[7]) Levin, p. 149.
[8]) Vgl. Heusler, Zivilprozeß, p. 129.
[9]) Gafner, Parteibefragung, p. 37.

Grund der konkreten Gesetzgebung statthaft ist. Die deutsche Zivilprozeßordnung hat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß das Gericht „unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung" zu entscheiden habe (§ 286). Hier steht es außer Zweifel, daß auch eine beweislose Verhandlung die richterliche Ueberzeugung bewirken darf. Was schweizerische Prozeßgesetze anbelangt, kann auch in Bern der Richter einen Beweis über erhebliche bestrittene Tatsachen ablehnen, „wenn er nach der Lage der Akten und seiner eigenen Kenntnis der Streitsache" bereits überzeugt ist (Art. 213). Das st gallische Gesetz dagegen sagt lediglich, daß der Richter in der Würdigung der Beweise nur an seine Ueberzeugung gebunden ist. Daraus ist zu schließen, daß eine bestrittene Tatsache nur durch förmlichen Beweis als sicher angenommen werden darf. Dahin hat sich auch die kantonsgerichtliche Praxis ausgesprochen: „Das Gesetz spricht nur von einer freien Würdigung der Beweise, d. h. der wirklichen Beweisergebnisse. Also folgt aus der freien Beweiswürdigung nicht, daß der Richter einen Beweisantrag über eine an sich erhebliche Tatsache ablehnen darf, wenn nach seiner Meinung der beantragte Beweis nicht geleistet oder durch das Beweisergebnis sein richterlicher Entscheid nicht beeinflußt werden könne"[10]). Dagegen darf der Richter nicht nur, sondern er soll die Beweise unter Berücksichtigung aller in der Verhandlung zu Tage getretenen Momente würdigen[11]).

Der Grundsatz, daß eine bestrittene Tatsache nicht ohne Beweis zur Urteilsgrundlage gemacht werden darf, bedeutet aber keineswegs, daß jeder Beweis abgenommen werden muß. Schon die eben zitierte Entscheidung des Kantonsgerichtes verbietet die Beweisablehnung nicht allgemein, sondern läßt die Möglichkeit offen, unter gewissen Umständen einen Beweisantrag abzulehnen. Diese Umstände lassen sich an Hand der freien Beweiswürdigung bestimmt fixieren. Wenn die freie Beweiswürdigung für die Tatsachenermittlung die richterliche Ueberzeugung als maßgebenden Faktor hinstellt, dann wird folgerichtig jeder Beweis überflüssig, der diese Ueberzeugung in keiner Weise mehr verändern kann. Dies ist aber der Fall, wenn die angebotenen Beweise offensichtlich der Beweiskraft entbehren, wie z. B. „offenkundig unglaubwürdige Zeugen"[12]) oder wenn sie irrelevant sind. Ist das Gericht durch ein vorgängiges Beweisverfahren bereits überzeugt, dann wird die Ablehnung weiterer Beweise ebenfalls keine Gesetzesverletzung bedeuten. Bei der nie ausgeschlossenen Irrtumsmöglichkeit ist für diese Ablehnung allerdings eine gewissermaßen potenzierte Ueberzeugung notwendig, die als un-

[10]) Urteil des Kantonsgerichtes, 20. Februar 1907.
[11]) Vgl. Bern, Art. 21: „Ueber die Richtigkeit einer Tatsache entscheidet der Richter nach sorgfältiger Prüfung der vorgelegten Beweise."
[12]) Urteil des Kantonsgerichtes, 20. Februar 1907.

umstößlich gelten darf und so geartet ist, daß auch das restlose Gelingen des angetragenen Beweises am Tatsachenbefund nichts mehr ändern kann. In jedem Fall wird der Richter seine Ablehnung in motivierter Weise dartun müssen[13]).

Die Beweiswürdigung steht in enger Beziehung zur Beweislast. Denn diese ändert naturgemäß ihre Bedeutung, wenn an den Beweis größere oder kleinere Anforderungen gestellt werden. Doch bestehen beide Begriffe unabhängig voneinander. Vor allem schließt die freie Beweiswürdigung die Beweislast nicht aus, wie gelegentlich behauptet worden[14]) und bildet keinen Gegensatz zu ihr. Die Beweiswürdigung beschäftigt sich nur mit der Frage, wann eine bestrittene Tatsache als wahr anzunehmen ist, während die Beweislast bestimmt, für welche Tatsachen die Parteien das Risiko tragen, d. h. welche Tatsachen in einem konkreten Fall bewiesen sein müssen. Gegenüber der gesetzlichen Beweistheorie wird die Freiheit in der Beweiswürdigung zumeist die Bedeutung der Beweislast abschwächen. Unter Umständen aber wird die freie Beweiswürdigung gerade die Beweislast erschweren, indem die streitigen Behauptungen nicht bloß durch ein formal vollkommenes Mittel, sondern eben nur durch die Herstellung der richterlichen Ueberzeugung bewiesen werden können[15]).

Das st. gallische Gesetz beschränkt die freie Beweiswürdigung in einigen Ausnahmefällen. Selbstverständlich gilt diese Einschränkung für den Parteieid (Art. 180 ff.). Seine prozessuale Bedeutung liegt ja gerade in der vollen, jeden Gegenbeweis ausschließenden Beweiskraft. Diese Tatsache ist so evident, daß das Gesetz diese Wirkung des Eides mit Stillschweigen übergeht. „Ueber dem Eid steht das ethische Prinzip, das den Eid in seiner unantastbaren Heiligkeit erhalten will und darum keine Entwürdigung des Eides dulden darf, daß der Richter ihn als einen seiner Abschätzung unterworfenen Akt behandelt, davon zu schweigen, daß man dem Schwörenden zuerst zumutet, die Wahrheit auf sein Gewissen zu nehmen und ihn dann doch der Gefahr aussetzt, mit dem Makel des Falscheides belastet zu werden"[16]). Die freie Beweiswürdigung befaßt sich einzig mit den vom Gesetz geforderten Voraussetzungen des Eidesbeweises, nur darüber entscheidet das richterliche Ermessen.

Eine gewisse Beschränkung der freien Beweiswürdigung läßt sich auch für den Urkundenbeweis rechtfertigen. Die Urkunden haben in jedem Fall den Zweck, Rechtsverhältnisse sicherzustellen. Das kann mit Zuverlässigkeit nur dann erreicht werden, wenn zum voraus fest bestimmt ist, welche Eigenschaften die Urkunde eventl. beweiskräftig machen. Werden diese Eigenschaften vom Gesetz aus-

[13]) Vgl. Ude in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 6, p. 442.
[14]) Kohler, p. 315.
[15]) Levin, p. 168.
[16]) Heusler, Zivilprozeß, p. 130.

drücklich umschrieben und genügt die Urkunde diesen Erfordernissen, dann soll sie auch demnach gewürdigt und einer qualifizierten Beweiskraft teilhaftig werden[17]). Die in objektiven Gründen verankerte freie Beweiswürdigung wird ohne Zweifel diese Urkunden zweckentsprechend verwerten. Die Rechtssicherheit kann aber nur gewinnen, wenn das Gesetz die richterliche Beweiswürdigung speziell auf diesen Weg weist. Besonders gilt dies für die öffentliche Urkunde. So erklärt denn Art. 143 die formell richtige öffentliche Urkunde bezüglich ihres Inhaltes als voll beweiskräftig. Das gleiche gilt von der Privaturkunde gegenüber ihrem Aussteller, dessen Rechtsnachfolger und allen, für welche diese zur Ausstellung befugt waren, wenn sie „mit dem Willen, Rechte anzuerkennen oder Verpflichtungen einzugehen", ausgestellt worden ist (Art. 144). Was die öffentliche Urkunde betrifft, wird Artikel 143 in allen Fällen außer Kraft gesetzt, wo die Streitsache materiell dem Bundeszivilrecht angehört. Denn da hat Artikel 9 Z. G. B. die Beweiskraft öffentlicher Urkunden und Register eigenmächtig geregelt. Darnach bildet die öffentliche Urkunde zwar vollen Beweis, doch nur solange, als nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen wird. Diese letztere Bestimmung fehlt im st gallischen Prozeßrecht. Sie muß aber vernünftigerweise in die fraglichen Artikel (143/144) hinein interpretiert werden, soll die freie Beweiswürdigung den Zweck erreichen, den die Botschaft des Regierungsrates zum geltenden Gesetz dahin faßt: „Die materielle Wahrheit, welche der Richter unbeeinflußt durch beengende Formvorschriften gefunden hat, soll zu ihrem Rechte gelangen"[18]). Das Prinzip der vollen Beweiskraft der Urkunden muß fallen, sobald nachgewiesen wird, daß der verunkundeten Tatsache trotz ihrer formellen Existenz mangels wesentlicher Elemente die materiellrechtliche Bedeutung abgeht. Dieser Satz beansprucht seine Geltung auch beim Zeugenbeweis, der nach dem Gesetz voll beweiskräftig wirkt, wenn „die Aussage eines öffentlichen Beamten oder Bediensteten in Sachen seines Amtes oder Dienstes" in Betracht kommt (Art. 157,1). Denn auch diese Aussage kann in ihrer formalen Richtigkeit auf falscher oder mangelhafter materiellrechtlicher Basis beruhen.

Eine weitere Vorschrift über die Beweiswürdigung enthält der Artikel 177,1: „Wenn das Gutachten nur eines Sachverständigen eingeholt wurde oder wenn mehrere Sachverständige ein in allen wesentlichen Teilen übereinstimmendes Gutachten abgegeben haben, so bildet dasselbe vollen Beweis, sofern der Richter selbst die Begründung des Gutachtens als zuverlässig erkennt". Die Beschränkung der richterlichen Freiheit geht hier weniger weit. Der Richter hat das Recht, das Gutachten auf seine Ueberzeugungskraft und logische Begründetheit hin zu prüfen . Praktisch wird der Fall wohl

[17]) Ude, p. 447.
[18]) Botschaft des Regierungsrates, vgl. Amtsblatt 1894, p. 155.

äußerst selten sein, daß bei Uebereinstimmung mehrerer Sachverständigen ein falscher Befund abgegeben wird. Aber sicher ist nicht ausgeschlossen, daß der einzige Experte fehlgehen kann. Ist ein Ausgangsglied der Schlußfolgerung, ein angeblich technischer usw. Erfahrungssatz falsch, dann muß notwendigerweise auch die Schlußfolgerung falsch sein. Das Ausgangsglied kann aber gerade die Tatsache sein, über welche der Richter kraft seiner eigenen Kenntnisse nicht zu urteilen vermag. Seine Prüfung des Gutachtens wird ihm also den Fehler nicht offenbaren. Diese gesetzliche Beweisregel kann demnach dazu führen, daß sich das Urteil auf ein falsches Gutachten stützt, weil gegen das voll beweiskräftige Gutachten des Artikels 177 ein Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Der benachteiligten Partei steht unter Umständen die Appellation offen, wo sie eine neue Expertise veranlassen kann. Die Kassationsinstanz dagegen wird diesen Expertisebeweis nur dann aufheben, wenn die Begründung mangelhaft oder das Gutachten selbst offensichtlich falsch ist. Deshalb wäre dem materiellen Recht wohl eher gedient, wenn das Gesetz das Gutachten auch bei zuverlässiger Begründung der freien richterlichen Würdigung überließe. Der Richter wäre alsdann in der Lage, eigene und von der Partei vorgebrachte Zweifel, die etwa bei Berücksichtigung des Ergebnisses der übrigen Verhandlungen trotz logisch richtiger Begründung in das Gutachten gesetzt werden können, auf irgend welchem Wege auf ihre Berechtigung hin zu untersuchen.

Eine letzte Beschränkung der freien Beweiswürdigung liegt in der Ausgestaltung des Zeugenbeweises. Der st. gallische Zivilprozeß kennt eine Reihe unzulässiger und ablehnbarer Zeugen (Artikel 159/160). Man hat seit den Tagen des gemeinen Zivilprozesses über den Wert dieser Zeugenkategorieen viel gestritten[19]). Ihre Aufstellung erfolgte zweifellos in dem Bestreben, die richterliche Ueberzeugung vor dem Einfluß äußerst problematischer Beweismittel zu schützen. Der Richter sollte sich einzig an den durch das Gesetz gegebenen Rahmen halten. Gewiß schloß die gesetzliche Beweistheorie den Typus des unglaubwürdigen Zeugen vom Beweisverfahren aus, damit aber hatte sie zugleich auf teilweise ergiebige Quellen der Wahrheitserforschung verzichtet. Der vom Gesetz aufgestellte unglaubwürdige Zeuge ist nur eine Abstraktion. Das wirkliche Leben macht tausend und tausend Ausnahmen. Auch ein unglaubwürdiger

[19]) Vgl. Heusler, Grundlagen, p. 316 ff., Meili (cit. bei Maier, p. 32): „Die Liste der nicht abzuhörenden Zeugen ist viel zu gering. Die allgemeine Zulassung der Zeugen beruht in meinen Augen auf einer Verkennung der menschlichen Natur. Nur die jetzt bei Beurteilung des Menschen vorwiegende Richtung einer Art von gutmütigem Idealismus kann annehmen, daß alle Leute einen außerordentlich heftigen Drang besitzen, die Wahrheit zu deponieren, wenn sie sich auf den Zeugenstuhl setzen." Dagegen Schmidt (Note 20) und Schurter, p. 21/23.

Zeuge kann gegebenenfalls Wesentliches zur Tatsachenfeststellung beitragen. Ueber die Beweiskraft einer Zeugenaussage vermag der Richter nicht zum vornherein zu entscheiden. Das maßgebende Urteil über Glaubwürdigkeit und Bedeutung der Aussage wird sich erst nach der abgegebenen Erklärung bilden[20]). Was vorher möglich, ist höchstens eine Vermutung für größere oder geringere Glaubwürdigkeit. Dieser Umstand führte dazu, daß moderne Gesetzgebungen den anfechtbaren Zeugen nicht mehr kennen und der freien Beweiswürdigung gerade hierin die vollendete Ausgestaltung gegeben[21]). Wenn feststeht, daß z. B. auch ein Verwandter der Partei, ein am Rechtsstreit Interessierter (vgl. Art. 160) sehr wohl der objektiven Wahrheit gemäß aussagen kann, dann darf solchen Umständen gegenüber nicht in Betracht kommen, daß faktisch die Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen große Schwierigkeiten mit sich bringt. Die richtige Auffassung der freien Beweiswürdigung bietet jedenfalls nicht den geringsten Anlaß zur Besorgnis, der Richter werde solche besondere Verhältnisse des Zeugen übersehen und mißachten. Vom Standpunkt der Parteien aus läßt sich das Institut der Zeugenanfechtung begreifen. Der Gegner wird instinktiv mißtrauisch, wenn der Beweisführer ihm nahe verbundene Personen als Zeugen anführt. Aber hieraus kann kein stichhaltiger Einwand gegen die unbeschränkte Zulassung der Zeugen formuliert werden. Auch bei freier Beweiswürdigung steht es der Partei frei, sowohl Zuverlässigkeit wie Beweiskraft der einzelnen Zeugen zu bemängeln, in Zweifel zu stellen, in diesem Sinne anzufechten. Das ist nicht nur Formalität, denn wenn die freie Beweiswürdigung eine peinliche Berücksichtigung aller Momente verlangt, dann zwingt die Partei mit dieser Anfechtung den Richter umsomehr, die Verhältnisse des Zeugen auf das Gewissenhafteste und Eingehendste zu prüfen. Damit muß es vernünftigerweise sein Bewenden haben. Der Richter soll einer Zeugenanfechtung nicht blindlings Folge leisten müssen. Er soll wenigstens die Befugnis haben, seinerseits zu prüfen und je nach dem Befund seiner Untersuchung über die Anfechtung zu entscheiden. Die Partei wird stets nur in ihrem einseitigen Interesse Zeugen qualifizieren und disqualifizieren. Ist der Richter wohl begründet anderer Ueberzeugung, dann kann von einer Verletzung der Parteirechte nicht die Rede sein, wenn trotz des Widerspruches der Partei solche Zeugen einvernommen werden. In diesem Sinne hat der st. gallische Prozeß die freie Beweiswürdigung nicht konsequent durchgeführt. Seiner Tendenz die materielle Wahrheit und die Gerechtigkeit zu fördern, hat er dadurch sicherlich nicht gedient.

Erfreulicher ist die Feststellung, daß in einzelnen Spezialverfahren die freie Beweiswürdigung ohne Einschränkung durchgeführt

[20]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 475.
[21]) So Zürich, Bern, Wallis, Neuenburg.

wird[22]), in anderen wenigstens der Parteieid ausgeschlossen ist[23]). Für den Ehescheidungsprozeß wird der Ausschluß des Parteieides schon durch Artikel 158 Z. G. B. gefordert. Es mag bei dieser Gelegenheit erwähnt werden, daß der Bundesgesetzgeber in privalem und öffentlichem Recht gelegentlich Bestimmungen über die freie Beweiswürdigung aufgestellt hat[24]). Für ihren Geltungsbereich prävolieren diese bundesrechtlichen Normen. Sie werden in zahlreichen Fällen der freien Beweiswürdigung restlos zum Siege verhelfen.

[22]) So im Verfahren vor Handelsgericht, Gesetz, betreffend das Handelsgericht, Art. 22, im Verfahren vor Unfallversicherungsgericht, Gesetz, betr. UVG., Art. 6, Ziffer 10: „Der Richter würdigt die Beweise nach freiem Ermessen."

[23]) So im Verfahren vor Vermittler als Einzelrichter (Art. 235), vor dem Bezirksgerichtspräsidenten (EG. z. Z. G. B. Art. 4), im Verfahren vor Schiedsgericht (Art. 257), im Ehescheidungsprozeß (EG., Art. 66).

[24]) Vgl. Schurter-Fritzsche, p. 506 ff., Reichel, Juristenzeitung, Bd. 6, p. 101 ff.

II. Abschnitt
Das Beweisverfahren.

1. Kapitel. Der ordentliche Beweis.

§ 6. Die Beschaffung der Beweise.

Art. 140,2 erklärt, daß diejenige Partei beweispflichtig und beweisberechtigt ist, welche eine erhebliche und bestrittene Tatsache behauptet und ein rechtliches Begehren darauf stützt. Aus dieser gesetzlichen Beweislastregel müssen wir schließen, daß grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Beweissammlung tragen. Denn wenn das Gericht von Amtes wegen, also unabhängig von jeder Parteitätigkeit für die Beschaffung der nötigen Urteilsgrundlage besorgt sein müßte, dann ist nicht recht einzusehen, warum das Gesetz von einer beweispflichtigen und beweisberechtigten Partei spricht. Allerdings läßt sich aus dem Begriff der Beweislast an sich nicht schließen, daß gerade die Parteien den Beweis zu erbringen haben. Die Gefahr, wegen Beweislosigkeit der erheblichen Tatsachen abgewiesen zu werden, besteht für die beweispflichtige Partei auch dann, wenn der Richter von Amtes wegen Beweise herbeizieht[1]). Wir haben aber bereits gesehen, daß von einer Beweislast im rechtlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden kann, sobald die Offizialtätigkeit des Gerichtes den Ausschlag gibt Die rechtliche Beweislast besteht nicht nur darin, daß die beweisbelastete Partei die Gefahr für eventuelle Beweislosigkeit trägt, sondern daß es gerade ihr in erster Linie obliegt, diese Gefahr durch ihre Tätigkeit, durch ihr Behaupten und Beweisen, abzuwenden[2]). Wenn das Zivilprozeßgesetz von einer Beweislast der Parteien spricht, so bezeichnet es unzweifelhaft die rechtliche Beweislast, drückt also den Grundsatz aus, daß es vornehmlich Sache der Parteien ist, Tatsachen anzuführen und zu beweisen. Auf diese Beweistätigkeit haben die Parteien sogar ein Recht, welches ihnen vom Gericht nicht kann genommen werden[3]).

Mit diesem Grundsatz der Beweisbeschaffung durch die Parteien hat sich der st. gallische Zivilprozeß einer längst geübten Tradition angeschlossen und in konsequenter Weise die in Art. 109 und 111 niedergelegte Verhandlungsmaxime durchgeführt[4]). Wie diese selbst

---

[1]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 197, Note 3.
[2]) Vgl. Kuhn, cit. bei § 4, Note 3.
[3]) So Urteil des Kant. Ger., 20. Februar 1907.
[4]) Art. 109: „Der Richter hat seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht nur auf die Sachdarstellung der Parteien und die Ergebnisse des Beweisverfahrens zu stützen."
Art. 111: „Der Richter darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat."

aber nicht mit innerer Notwendigkeit aus dem Wesen des Zivilprozesses resultiert, sondern aus Gründen der Zweckmäßigkeit in den Zivilprozeß eingeführt worden[5]), so ist auch der Grundsatz der Beweisbeschaffung durch die Parteien tiefer gegründet, wie nur in der folgerichtigen Durchführung der Verhandlungsmaxime. Die Erfahrung hat gezeigt, daß diese Parteiverantwortlichkeit am ehesten eine rasche, gründliche und gerechte Prozeßführung ermöglicht.

Die Parteien als die im streitigen Rechtsverhältnis handelnden Personen kennen am besten alle Umstände, die bei Entstehung, Veränderung und Untergang ihrer Rechte mitgewirkt haben. Wegen dieser unmittelbaren Kenntnis des ganzen Sachverhaltes sind sie in der Lage, in kurzer Zeit alle Beweismittel anzugeben und herbeizuschaffen. Müßten diese von Amtes wegen durch die richterliche Behörde ausfindig gemacht werden, so wäre auch diese gerichtliche Nachforschung zum größten Teil auf die Parteien angewiesen.

Wegen ihrer Beteiligung am Rechtsverhältnis sind die Parteien ferner die unmittelbar interessierten Kreise. Um ihre Rechte geht es ja, darum haben sie die Streitsache vor den Richter gebracht. Wenn das Gesetz auch keine Bestimmung über ihre Tätigkeit im gerichtlichen Verfahren enthielte, so würde doch die Partei aus ihrem natürlichen Interesse heraus suchen, ihr Recht so gut wie nur möglich zu verteidigen. Nun kommt dazu das Bewußtsein, daß sie es in der Hand hat, dem Richter eine mehr oder weniger vollständige Urteilsgrundlage zu verschaffen, daß sie zum großen Teil am richterlichen Urteil mitverantwortlich wird. Diese durch die Natur und das Gesetz gegebene doppelte Verantwortlichkeit bürgt für die Gründlichkeit der Stoffsammlung. Der Widerstreit der Parteiinteressen führt dazu, „daß die Parteien, welche die beste Kenntnis von dem Sachverhalte haben, regelmäßig schon allein aus eigenem Antriebe für die Herbeischaffung des nötigen Materials sorgen und einen möglichst vollkommenen Tatbestand erbringen“[6]) Ganz anders stellt sich dazu das Gericht. Mag es noch so sehr bemüht sein, der Wahrheit zu dienen, dem richtigen Recht zum Siege zu verhelfen und deswegen den wahren Sachverhalt aufzudecken, seine Offizialtätigkeit kann den Vergleich nicht aushalten mit dem lebendigen Spiel der Kräfte, welche die Parteien im Kampfe um ihr Recht entfalten. Wie so oft hat der Gesetzgeber auch hier nur die Erfahrungen des Leben kodifiziert. Er hat damit in bewußter Weise das durch die Natur Gegebene unterstützt und gefördert. Wäre er den entgegengesetzten Weg gegangen, dann hätte er auch das natürliche Interesse der Parteien geschwächt und sie zur Nachlässigkeit im Anbringen ihrer Beweise verleitet[7]).

---

[5]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 340, Hellwig, p. 407.
[6]) Levin, p. 32/33.
[7]) Vgl. Mondet, p. 60.

Der Prozeß muß zu einem gerechten Urteil gelangen, das heißt zu einem Entscheid, der den tatsächlich unter den Parteien herrschenden Verhältnissen gerecht wird. Niemand aber ist besser dazu befähigt, den Richter in diese tatsächlichen Verhältnisse einzuführen wie die Parteien selbst. Wollen sie, soweit sie frei über ihr Recht verfügen können, dieses so oder anders beanspruchen, dann steht es in ihrem Belieben, im Prozesse mehr oder weniger von ihrem Recht geltend zu machen, mehr oder weniger Angriffs- und Verteidigungsmittel anzuführen[8]). Darum hat der Prozeß inbezug auf die Tatsachenfeststellung seinen Zweck erreicht, wenn der Richter die sämtlichen ihm von den Parteien vorgelegten Angriffs- und Verteidigungsmittel nach objektiv richtigen Grundsätzen würdigt. Das gilt wenigstens solange, als die Parteien nicht aus Unerfahrenheit oder Unkenntnis Wesentliches anzuführen unterlassen haben. Das Resultat braucht aber deswegen durchaus nicht nur sog. formelle Wahrheit zu sein. Im Gegenteil, auch die materielle Wahrheit wird durch keine Offizialtätigkeit des Gerichtes besser verbürgt wie durch die heilsame Konkurrenz der streitenden Parteien. Das Gesetz geht von der Erfahrungstatsache aus, „daß die Parteien allen falschen Behauptungen des Gegners widersprechen und ihrerseits alles vorbringen, was zur Herstellung des wahren Sachverhaltes dienlich ist". Darum wird „in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle auch mit dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime ein richtiges Urteil gewährleistet"[9]). Die Problemstellung lautet übrigens nicht, ob der Wahrheit im Prozeß zum Durchbruch verholfen, sondern ob „die Gerechtigkeit im konkreten Fall verwirklicht wird"[10]). Das ist das Ziel des Prozesses und „die Ermittlung des Sachverhaltes hat nur in dieser Relation Sinn und Wert"[11]).

Die Beweisbeschaffung durch die Parteien hat auch ihre psychologischen Wirkungen, die nicht allzu gering eingeschätzt werden dürfen. Richtig bemerkt Mondet[12]), daß die Mitwirkung des Gerichtes bei der Beweisbeschaffung leicht etwas Störendes für die Parteien hat. Abgesehen davon, daß der Richter in seiner Offizialtätigkeit oft intime Angelegenheiten berühren und Beweise erheben würde, welche die Parteien ihrerseits aus irgend einem Grunde nicht geltend machen wollten, ist dem Rechtsgefühl der Parteien weit eher entsprochen, wenn sie beide unabhängig vom Richter auf gleicher Linie kämpfen Erhebt der Richter von Amtes wegen Beweise, so geschieht das notgedrungen für die eine und gegen die andere Partei. Wie groß ist hier die Gefahr, daß auf die Unparteilichkeit des Rich-

---

[8]) Es steht dem Darlehensgläubiger frei, nur die hingegebene Summe einzuklagen und nicht auch den verabredeten Zins.
[9]) Hellwig, p. 407.
[10]) Sauer, p. 45.
[11]) Wach, Grundfragen, p. 26.
[12]) Verhandlungs- und Offizialmaxime, p. 24.

ters ein Schatten fällt, der umso dunkler wirkt, als durch das Urteil definitiv Recht gesprochen wird.

Nach dem Gesagten ist also grundsätzlich daran festzuhalten, daß die Beweisbeschaffung durch die Parteien erfolgt. Aber auch hierin könnte übertriebene Einseitigkeit Schaden stiften. Es ist keine bloß formale Konstruktion, daß im Zivilprozeß ein Rechtsverhältnis nicht nur zwischen den Parteien unter sich, sondern auch zwischen Parteien und Richter besteht[13]). Der Gesetzgeber war sich wohl bewußt, daß Partei und Richtertätigkeit befruchtend aufeinander wirken, daß dieses Widerspiel der Kräfte die Resultante ergibt, „welche dem Zivilprozeß seine soziale Bedeutung verleiht"[14]). Dem einzig von Eigeninteressen geleiteten Parteibetrieb muß eine in diesem Sinne interessenlose Instanz übergeordnet sein, die überall da einzugreifen hat, wo die Parteitätigkeit allein dem Zweck des Zivilprozesses nicht mehr genügt. Daraus rechtfertigt sich einmal die formelle Prozeßleitung des Gerichts, wie Fristansetzung durch den Richter zur rechtzeitigen Vornahme von Prozeßhandlungen, Ladung von Zeugen und Sachverständigen usw (vergl. die Art. 173, 175, 191, 194, 202 usw.). Die Erfahrung hat gezeigt, daß auch dieses rein äußerliche Verfahren den Prozeß in seiner materiellen Bedeutung beeinflußt[15]). Vor allem aber wird dieser richterliche Eingriff notwendig, wenn die Stoffsammlung der Parteien keine genügenden Garantien mehr bietet für eine vollständige, den Schutz des materiellen Rechts sichernde Urteilsgrundlage. In diesen Fällen muß dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, durch seine Tätigkeit die Stoffsammlung unmittelbar zu beeinflussen. Die Ausgestaltung dieser materiellen Prozeßleitung des Richters ist allerdings in den einzelnen Gesetzen verschieden. Neuere Prozeßordnungen gehen einer allgemeinen Tendenz entsprechend in dieser Beziehung ziemlich weit. Sie gestatten dem Richter zum Mindesten ausnahmsweise, von Amtes wegen irgendwelche Beweise herbeizuziehen, die von den Parteien nicht angerufen wurden, „wenn sich aus den Akten ergibt, daß diese Beweise notwendig sind, um die Tatsachen vollständig und wahrheitsgetreu festzustellen". (Wallis Art. 171, ähnlich Neuenburg Art. 69,1, Genf Art. 171). Zürich (Art. 166) schränkt diese Befugnis insofern ein, als die beweispflichtige Partei auf die Abnahme solcher Beweise in das Gericht bindender Weise verzichten kann oder die Abnahme deswegen zu unterbleiben hat, weil der erforderliche Kostenvorschuß nicht geleistet wurde. Die freieste Stellung hat der bernische Richter. Sein Gesetz stellt die amtliche Tätigkeit des Gerichtes in den Vordergrund: „Der Richter handelt von Amtes wegen, soweit er nicht auf den Antrag einer

[13]) Vgl. Hellwig, p. 397. Heusler, Zivilprozeß, p. 94.
[14]) Klein, Vorlesungen, p. 11.
[15]) Vgl. Reichel, Entwurf einer neuen Z. P. O. für den Kanton Bern, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 42, p. 10/11.

Partei verwiesen ist" (Art. 89) und bestimmt inbezug auf das Beweisverfahren in Art. 214: „Der Richter kann Beweismittel herbeiziehen, welche von den Parteien nicht angerufen sind". Der st. gallische Gesetzgeber hat die Notwendigkeit eines richterlichen Eingriffes durchaus nicht verkannt, aber trotzdem für das ordentliche Verfahren die materielle Prozeßleitung nicht allgemein durchgeführt. Er begnügt sich vielmehr damit, bei den einzelnen Beweismitteln neben der ordentlichen durch die Parteien zu erfolgenden Beweissammlung die amtliche Beweiserhebung vorzusehen.

So hat nach Art 170 der Richter die Befugnis, von Amtes wegen einen Untersuch durch Sachverständige anzuordnen. Neben das Antragsrecht der Parteien tritt das Recht des Richters, frei von sich aus eine Expertise zu veranlassen. Dadurch wird allen Interessen gleichmäßig Rücksicht getragen. Die Partei kann, sobald sie es für notwendig erachtet und sofern es sich natürlich um eine erhebliche Frage handelt, den Untersuch durch Sachverständige beantragen. Andererseits gewährt diese materielle Prozeßleitungsbefugnis dem Richter die ihm notwendige Unabhängigkeit in der Beurteilung des tatsächlichen Parteivorbringens. Für diese Beurteilung bedarf der Richter, wie früher ausgeführt wurde. der Kenntnis der allgemeinen und besonderen Erfahrungssätze. Mangelt ihm dieselbe, so ist er auf den Beweis durch Sachverständige angewiesen Weil nun die rechtliche und tatsächliche Würdigung des Prozeßstoffes einzig und allein der richterlichen Tätigkeit vorbehalten ist, darf es nicht von dem Parteibegehren abhängen, ob der Richter in den Stand gesetzt werden soll, diese Beurteilung richtig vorzunehmen Er muß in allen diesen Fällen selbständig auf Expertise erkennen können, damit er nicht in die unwürdige Lage versetzt wird, auf die angebliche Fachkenntnis der Parteien abstellen und die Tatsachen so auffassen zu müssen, wie die Parteien sie — möglicherweise falsch — aufgefaßt haben wollen. Sobald dies geschieht, führt der Parteibetrieb in der Stoffsammlung zur Untergrabung der richterlichen Unabhängigkeit.

Der Wortlaut des Art. 170 könnte unter Umständen zu einem ganz eigenartigen Ergebnis führen. Es heißt da: „Der Untersuch durch Sachverständige soll von Amtes wegen oder auf Parteibegehren nur dann stattfinden, wenn solche Tatsachen in Frage kommen, deren Wahrnehmung o d e r Beurteilung besondere Fachkenntnis erfordert". Das Gesetz zählt also scheinbar auch jene Personen zu den Experten, die auf Grund ihrer Spezialkenntnisse eine Tatsache lediglich wahrgenommen haben. Wenn wir in unserer späteren Ausführung[16]) solche Personen zu den Zeugen (sachverständigen Zeugen) rechnen, sobald ihre Wahrnehmung eine rein zufällige ist, dann dürfte also der Richter laut Art. 170 solche Zeugen von Amtes wegen her-

[16]) Vgl. unten § 20

beiziehen. Trotzdem diese Interpretation befürwortet wurde[17]), scheint sie doch m. E. mit dem ganzen System nicht vereinbar zu sein. Einmal ergäbe sich daraus eine nicht zu rechtfertigende verschiedene Behandlung der Zeugen selbst, je nachdem sie ihre Wahrnehmung auf Grund normaler Wahrnehmungsfähigkeit oder aber besonderer Kenntnisse gemacht, dann aber ließe sich in zahlreichen Fällen erst in der Verhandlung feststellen, ob die Wahrnehmung tatsächlich einen besonderen Grad von Bildung und Erfahrung voraussetzte, also daß die amtliche Zeugenzuziehung sich nach einem zum vornherein nicht zu bestimmenden Kriterium entscheiden müßte.

Die gleiche Ueberlegung wie bei der Expertise von Amtes wegen führt dazu, dem Richter auch inbezug auf den Augenschein eine eigene Initiative zu gewähren (Art. 167: „Augenscheine sollen nur in solchen Fällen von Amtes wegen angeordnet oder . . ."). Ziel jedes Beweises ist die Ueberzeugung des Richters von der Existenz oder Nichtexistenz der bestrittenen Tatsache. Der Beweis ist umso besser, je stärkere und zuverlässigere Gründe er für die richterliche Ueberzeugung erbringt. Da nun der Prozeß in allen seinen Teilen auf höchste Zweckmäßigkeit hintendiert, hat auch im Beweisverfahren nur der bestmögliche Beweis Berechtigung[18]) Ist für eine Tatsachenbehauptung ein einziger durchschlagender Beweis erbracht, so sind alle übrigen Beweise für dieselbe Tatsache überflüssig, weil sie die richterliche Ueberzeugung weder positiv noch negativ zu steigern vermögen. Nun aber kann nichts so sehr die richterliche Ueberzeugung bestimmen wie die eigene unmittelbare Wahrnehmung des Richters, die nicht etwa bloß zufällig, sondern bewußt zum Zwecke der prozessualen Verwertung gemacht worden ist. „Indem ich von der Eigenschaft den unmittelbaren sinnlichen Eindruck erhalte, werde ich von derselben überzeugt"[19]). Darum erhebt sich die Forderung, daß der Richter möglichst viele der im Prozeß wesentlichen Tatsachen aus eigener Anschauung kennen lerne. Ist eine Tatsache im Zeitpunkt des Prozesses noch wahrnehmbar, so soll der Richter unabhängig von der Partei sich dieser Wahrnehmung befleißen und dadurch anderweitige Beweisführungen überflüssig machen[20]). Wenn der Augenschein als eigentliches Beweisverfahren von Amtes wegen zulässig sein muß, so gilt das in erhöhtem Maße für den bloß informatorischen Augenschein, der lediglich zur Aufklärung und Ergänzung der von den Parteien vorgebrachten Tatsachen dient. Denn bevor der Richter über Existenz oder Nichtexistenz einer Tatsache entscheiden kann, muß er die Tatsache an sich klar erfaßt haben und genau wissen, was Gegenstand des Beweises ist. Das ist nicht allein notwendige Voraussetzung für die richterliche Beurteilung, sondern

[17]) Maier, p. 5.
[18]) Vgl. Levin, p. 142.
[19]) Wach, Vorträge, p. 153, auch Hasler p. 5.
[20]) Vgl. Heusler, Grundlagen, p. 251.

ein Stück richterlicher Amtspflicht. In diesem Sinne ist Art. 167 auszulegen. Nicht zweckmäßig erscheint die Anweisung des Kommentators, der Richter solle im Falle des Augenscheines von Amtes wegen diesen erst nach der Hauptverhandlung vornehmen[21]). Diese Interpretation des Art. 167 widerlegt sich in dem einen Fall schon durch den Namen des informatorischen Augenscheines. Es ist offenbar nicht sehr zweckmäßig, eine Information erst nach der Hauptverhandlung vorzunehmen. Aber auch für den Augenschein als eigentliche Beweistätigkeit empfiehlt sich eine erst nachträgliche Aufnahme keineswegs; denn das unmittelbarste und darum beste Beweismittel[22]) soll nicht erst am Schluß des Verfahrens, sondern womöglich an dessen Anfang stehen.

Als Ausfluß der materiellen Prozeßleitung ist auch Art. 204 zu bewerten. Darnach kann auf Anordnung des Gerichtspräsidenten oder zufolge Gerichtsbeschlusses, auch wenn ein dahin lautender Antrag der Parteien nicht vorliegt, eine Untersuchungskommission eingesetzt werden und zwar für den Fall, „daß verwickelte Rechnungsverhältnisse zu untersuchen oder viele Urkunden zu prüfen und eine genauere Untersuchung und Feststellung der Tatsachen erforderlich" sind (Art. 204). Was das Gesetz mit der genaueren Untersuchung und Feststellung der Tatsachen meint, ist nicht klar ersichtlich. Offenbar will damit nicht gesagt sein, daß sich der Richter in allen übrigen Fällen mit einer weniger genauen Untersuchung und Feststellung begnügen dürfe. Der Zweck dieses Verfahrens ergibt sich wohl aus Art. 203, wo gesagt wird, daß die Gerichtsverhandlung möglichst in einer Gerichtssitzung beendigt werden soll. Die Untersuchungskommission wird also zweckmäßig vor der Hauptverhandlung ihre Obliegenheiten vollführen und, wie es in Art. 205 vorgesehen ist, dem Gericht schriftlichen Bericht über das Resultat der Untersuchung erstatten. Sollte erst die Hauptverhandlung die besagten Schwierigkeiten zeigen und sich herausstellen, daß das Verfahren in der Vorbereitung zu wenig gründlich erfolgte, dann ist natürlich die Niedersetzung der Untersuchungskommission in diesem Prozeßstadium angezeigt. Immerhin sollte das nur Ausnahmefall bleiben, denn nicht zur Korrektur begangener Fehler, sondern zur möglichst fehlerlosen Vorbereitung der Hauptverhandlung soll dieses Verfahren dienen. Ihrerseits hat die Untersuchungskommission die Befugnis, die Parteien anzuhören, Urkunden zu prüfen und Augenscheine vorzunehmen. Unverkennbar spricht daraus der Wille des Gesetzes, eine rasche und gründliche Prozeßführung zu ermöglichen.

Nicht ausdrücklich festgestellt ist, welche Wirkungen diese Beweismaßnahmen der Untersuchungskommission haben, ob etwa das Gericht in der Hauptverhandlung in jedem Falle an diese Befunde ge-

[21]) Scherrer-Füllemann, Kommentar zu Art. 167.
[22]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 349.

bunden ist. Der Tendenz des Zivilprozesses nach möglichst vollständiger Ueberprüfung aller Verhältnisse entspricht es jedenfalls, daß das Gericht, wo es von dem Ergebnis der Untersuchungskommission sich nicht restlos überzeugen kann, neuerdings auf Parteiantrag oder, soweit dies gestattet ist, von Amtes wegen Beweise erhebe. In diesm Sinne enthält Art. 23 des Einführungsgesetzes zum Z. G. B. eine Bestimmung des Inhaltes, daß dem Gericht „die nochmalige Einvernahme von Zeugen, die vom Instruktionsrichter bereits einvernommen worden sind und ebenso die Abnahme weiterer von den Parteien beantragter, vom Instruktionsrichter abgelehnter Beweismittel" vorbehalten bleibe. Da es sich hier um das reine Untersuchungsverfahren handelt, kann allerdings eine analoge Anwendung nicht ohne weiteres stattfinden. Eine solche ist aber m. E. unter den erwähnten Umständen gerechtfertigt. Eine restlose konsequente Ordnung hat in dieser Beziehung Bern getroffen, wo ausdrücklich erklärt wird, daß die vom Instruktionsrichter im Vorverfahren getroffenen Verfügungen für das Gericht nicht bindend sind (Art 197) und nur Bedeutung haben als „Beweismaterialbeschaffung"[23]).

Aus dem Zweck der materiellen Prozeßleitung folgt ferner mit innerer Notwendigkeit, daß der Richter einem Parteibegehren um Abnahme des Erfüllungs- oder Entlastungseides keineswegs Folge leisten muß (Art. 180). Das ist ohne weiteres einleuchtend; denn das Gegenteil würde alles, was durch freie Beweiswürdigung, Parteiverantwortlichkeit und Prozeßleitung angestrebt wird, illusorisch machen. Was nützten alle Augenscheine, Expertisen, Zeugen und Urkunden, wenn die Partei einfach schwören und damit willkürlich die Urteilsgrundlage so oder anders festlegen könnte!

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß nach Art. 220 das Gericht die Urteilsfällung verschieben kann, um die Akten und die Ergebnisse der Beweiserhebung einläßlicher zu prüfen, ja selbst um weitere Beweisaufnahmen anzuordnen (E. G. z. Z. G. B. Art. 13). Nach der regierungsrätlichen Botschaft ist diese Ausnahmebestimmung „im Interesse einer gründlichen Rechtsprechung und sorgfältigen Urteilsredaktion gerechtfertigt"[24]).

In Abweichung zu diesen Bestimmungen über das ordentliche Verfahren finden wir sowohl im Gesetz über das Handelsgericht (Art. 19,4) wie auch in demjenigen über das Unfallversicherungsgericht (Art. 6 Ziff. 8) die allgemein normierte Befugnis des Gerichts, die Erhebung der erforderlichen Beweise von Amtes wegen anzuordnen und vorzunehmen. In ähnlicher Weise lauten die Art 228 für das Verfahren vor Gerichtskommission, Art. 234 für das Verfahren vor dem Vermittler als Einzelrichter und Art. 246 für das Verfahren in Haftpflichtsachen, während die Art. 306 Ziff. 2,2 für das Verfahren vor

[23]) Leuch zu Bern, Art. 179, Note 1.
[24]) Botschaft des Regierungsrates, p. 27.

Appellationsinstanz und 10 E. G. z. Z. G. B. für dasselbe vor Bezirksgerichtspräsident nur die Expertise und den Augenschein, Art. 306 auch noch die Kommissionaluntersuchung von Amtes wegen vorsehen Ganz ausgeschlossen wird der Grundsatz der Parteiverantwortlichkeit für die Stoffsammlung im Ehescheidungsprozeß, sowie in bestimmten Fällen des Personen-, Familien- und Erbrechts, wie sie in Art. 19 E. G. aufgezählt sind. Das Gesetz erklärt, daß in allen diesen Fällen die Regeln des Untersuchungsverfahrens Anwendung finden müssen. Was den Ehescheidungsprozeß anbelangt, ist in erster Linie Art. 158 Z. G. B. maßgebend. Das Untersuchungsverfahren bezweckt nach Art. 20 E. G. „die genaue Feststellung der Streitpunkte, die allseitige Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse des Streitfalles und die Sammlung sämtlicher beantragter oder zur Fällung des Urteils sonst notwendiger Beweise". Daraus geht hervor, daß sich der Richter der Parteitätigkeit in beliebigem Maße zur Aufklärung des Sachverhaltes bedienen kann. Festzuhalten ist nur, daß diese Parteitätigkeit rechtlich belanglos ist und die Verantwortlichkeit für die Stoffsammlung von den Parteien auf den Richter übergeht. In allen übrigen Fällen bleibt die Verantwortung bei den Parteien; infolge seiner materiellen Prozeßleitungspflicht wird aber das Gericht an der Stoffsammlung wenigstens mitverantwortlich[25]).

In diesem Zusammenhang ist endlich auf eine Institution hinzuweisen, die zwar nicht ausschließlich, aber nichtsdestoweniger sehr große Bedeutung für das Beweisverfahren hat, nämlich auf das richterliche Fragerecht. Es entspringt einem notwendigen Bedürfnis des Zivilprozesses und hat umso größeres Gewicht, je ausgedehnter der Grundsatz der Stoffsammlung durch die Parteien angewendet wird. In seiner entscheidenden Tätigkeit ist der Richter auf das Resultat dieser Stoffsammlung angewiesen. Nur wenn er das Tatsachenmaterial genau überschaut, wird ihm ein gerechtes Urteilen möglich sein. Nun aber sind die Parteibehauptungen und Beweisanträge oft unklar und ungenau gefaßt. Das Gesetz muß daher dem Richter ein Mittel an die Hand geben, damit er sich über alle Anführungen der Parteien Klarheit und Sicherheit verschaffen kann. Hier soll das Fragerecht wirken und den Richter so informieren, daß er wenigstens sicher weiß, was die Partei will. In dieser rein informatorischen Funktion hat das Fragerecht mit der Beweisbeschaffung nichts zu tun, obwohl es indirekt auf das Beweisverfahren seine guten Wirkungen ausübt. Denn auch die Gegenpartei kann ebensogut wie der Richter durch die Antworten der befragten Partei aufgeklärt werden und es wird sich oft herausstellen, daß in wesentlichen tatsächlichen Punkten die Parteien einig sind und nur über die Rechtsfragen Widerspruchvolles vorgebracht haben[26]). Dadurch können oft langwierige Beweisführungen vermieden werden.

[25]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 347.

In engster Beziehung zur Beweismittelbeschaffung tritt das Fragerecht, wenn sich der Richter veranlaßt fühlt, eine Partei geradezu auf Mängel und Lücken in ihrem Vorbringen aufmerksam zu machen und sie anzuregen, ihre ungenügenden und unvollständigen Anträge zu kompletieren. Dies entspricht unzweifelhaft der Billigkeit, wenn die Partei aus Unerfahrenheit oder Unkenntnis Wesentliches anzuführen versäumt oder nur fehlerhaft vorbringt, trotzdem aus ihrem ganzen Verhalten offenbar wird, daß sie alles geltend machen will. Würde der Richter in solchen Fällen unberührt von den menschlichen Schwächen und Fehlern auf seinem Richterstuhl sitzen und zusehen, wie die Partei ihrer eigenen Unbeholfenheit zum Opfer fällt, dann würde ihn dieses Verhalten „zum Henker der Gerechtigkeit herabwürdigen“[27]). Richter und Partei müssen Hand in Hand arbeiten. Nur so können die Fälle vermieden werden, wo das Recht an der Unbeholfenheit einer Partei scheitert. Das Fragerecht dient eventuell auch dazu, den Richter von der Wahrheit oder Unwahrheit eines Parteivorbringens zu überzeugen. Das ist vor allem möglich, wenn der Richter von gewissen Tatsachen private Kenntnis besitzt und dieses private Wissen durch seine Frage „aktenmäßig machen will“[28]). Dem Richter können auch dadurch berechtigte Zweifel an der Wahrheit einer Behauptung aufsteigen, daß die befragte Partei sich weigert, inbezug auf ihre Behauptungen nähere Angaben zu machen. Da wird es dem Richter auch innerhalb der Schranken der Verhandlungsmaxime gestattet sein, durch eine einfache Frage die Gegenpartei zu veranlassen, diese ihm unwahr scheinende Behauptung zu bestreiten, wenn das die betreffende Partei nicht schon auf eigene Initiative unternommen hat[29]). So führt die gleiche Ueberlegung, welche die Parteiverantwortlichkeit in der Stoffsammlung fordert, dazu, auch dem Richter die Befugnis zu geben, die Parteien auf Mängel und Lücken aufmerksam zu machen: durch beide Mittel soll letzten Endes der Gerechtigkeit gedient werden.

Der heilsame Einfluß des richterlichen Fragerechtes hat den Gesetzgeber eigentlich gezwungen, dem Richter diese Befugnis einzuräumen. Mit Recht erklärt Levin[30]), daß ein mündliches Verfahren ohne richterliches Fragerecht schlechterdings unnatürlich sei. Was das st. gallische Gesetz anbelangt, so erklärt der Artikel 213, daß der Richter ausnahmsweise an die Parteien Fragen stellen dürfe, „soweit dies zur Klarlegung ihrer Anbringen in tatsächlicher Hinsicht notwendig ist“. Man kann sich fragen, ob diese äußerst enge Fassung es dem Richter überhaupt gestattet, anders als wirklich nur zur Aufhellung unklarer oder zweideutiger Parteiausführungen zu fragen, also daß der Richter weder auf Lücken aufmerksam noch Zweifelhaftes beweis-

[27]) Levin, p. 108.
[28]) Heusler, Zivilprozeß, p. 99.
[29]) Vgl. Gafner, p. 92.
[30]) Prozeßleitung, p. 110.

bedürftig machen dürfte. Ich glaube aber, daß wir zu einer weitherzigeren Interpretation kommen, wenn wir diesen Artikel im Gesamtsystem des st. gallischen Zivilprozesses würdigen. Wie aus den langjährigen Vorarbeiten zum geltenden Gesetz mit aller Deutlichkeit hervorgeht[31]), liegt ein Grundgedanke des st. gallischen Prozesses darin, dem Richter alle Wege zu ebnen, damit er bis zu den tatsächlich unter den Parteien herrschenden Verhältnissen vordringen kann. So spricht bereits eine Botschaft des Regierungsrates vom Jahre 1894 den Wunsch aus, daß das Urteil das Rechtsgefühl und die innere Stimme des Richters befriedigen soll, daß der Richter nicht mehr wie bis anhin so oft einen Rechtsspruch verkünden müsse, während ihm die vollste Ueberzeugung zuriefe, daß gerade das Gegenteil eigentlich recht sei[32]). Deshalb wurde dem Richter das Recht eingeräumt, unabhängig von den Parteibegehren Augenscheine und Expertisen anzuordnen, „die materielle Wahrheit, welche der Richter unbeeinflußt durch beengende Formvorschriften, nach gewissenhafter Prüfung der von den Parteien vorgebrachten Beweise gefunden hat, soll zu ihrem Rechte gelangen“[33]). Nun widerspräche es aber ganz und gar dieser Tendenz, wenn der Richter an offensichtlich fehlerhaftes Parteivorbringen gebunden sein müßte und die Befugnis nicht besäße, welche wir oben im Interesse der Gerechtigkeit gefordert haben. Gerade weil das Gesetz den Richter ermächtigt, von sich aus Beweise herbeizuschaffen und inbezug auf die Eidesüberbindung sein Ermessen walten läßt, ist a maiore ad minus zu schließen, daß er hier wenigstens das Recht haben muß, Ergänzungen oder Widerspruch anzuregen, wenn er vom heilsamen Einfluß dieses Vorgehens überzeugt ist. Es ergäbe sich im gegenteiligen Fall eine störende Diskrepanz zwischen dem Verfahren vor Bezirks- bez. Kantonsgericht und demjenigen vor Gerichtskommission. Denn in diesem letzteren hat der Richter nach Art. 227[34]) ein unbeschränktes Fragerecht, kann also zweifellos auf Ergänzung des Tatsachenmaterials hinwirken. Wenn das Gesetz in diesen Bagatellprozessen darauf sieht, daß das tatsächliche Verhalten offenbar wird, wie würde sich dazu reimen, daß in den viel

---

31) Sowohl der Entwurf des Jahres 1894 wie derjenige des Jahres 1897 hatten die Parteibefragung als Beweismittel aufgenommen (E 1894 die Artikel 217—222, E 1897, Art. 189). Die Botschaft des Reg.-Rates (Amtsblatt 1894, p. 168/169) sagte dazu: „Die persönliche Befragung ist ein so nahe liegendes und selbstverständliches Beweismittel, daß man sich nur wundern kann, weshalb es erst in den neueren Zivilprozeßgesetzen Aufnahme gefunden hat. Es ist namentlich in der Hand eines seiner Aufgabe gewachsenen Gerichtspräsidenten in vielen Fällen das einfachste Mittel, der Wahrheit auf den Grund zu kommen.“

32) Vgl. Amtsblatt 1894, p. 153 ff.

32) Vgl. Note 32 auf p. 56.

33) Vgl. Amtsblatt 1894, p. 155.

34) Art. 227: „Nach den Vorträgen der Parteien, allfälliger Befragung derselben ... fällt die Gerichtskommission das Urteil.“

wichtigeren Prozessen diesem Resultat entgegengearbeitet würde! Wir müssen aber noch einen Schritt weitergehen und aus den Art. 213 und 227 nicht nur ein Recht, sondern sogar eine Pflicht des Richters ableiten. Das ist ohne weiteres einleuchtend, wenn der Richter durch seine Fragen das unverständliche Parteibegehren klarstellen soll. Denn einer vernünftigen Ordnung entsprechend muß vor jeder Beweisaufnahme erst der eigentliche Gegenstand des Streites, das Beweisthema, erkannt sein. Daß schon in dieser Beziehung die Fragepflicht hohe Anforderungen an den Richter stellt, besonders um nach Möglichkeit die rechtlichen und die tatsächlichen Elemente voneinander zu sondern, hat Levin[35]) überzeugend nachgewiesen. Die Fragepflicht erstreckt sich aber über diesen engen Rahmen hinaus auf das gesamte Gebiet dieser Parteibefragung; denn sie ist Ausfluß der materiellen Prozeßleitung und darum wie diese dem Richter nur gegeben zu pflichtgemäßer Ausübung[36]).

So wichtig das Fragerecht ist, der Richter darf doch nicht zu weit gehen und dessen Grenzen überschreiten. Die Parteibefragung, wie sie uns im ordentlichen Verfahren des st. gallischen Zivilprozesses gegenübertritt, ist nur Instruktionsmittel, nicht aber Beweismittel. Darum darf sie höchstens dazu dienen, den Richter über den Parteiwillen aufzuklären, die Parteien zu veranlassen, alles anzurufen und geltend zu machen, was nötig ist, um das materielle Recht siegen zu lassen und endlich um das Bestrittene vom Unbestrittenen, das Erhebliche vom Unerheblichen zu trennen[37]). Unzulässig ist es aber, durch Befragung den Parteien ein Zugeständnis über bestrittene Tatsachen entlocken zu wollen[38]), überhaupt diese Befragung zur Feststellung bestrittener Tatsachen zu benützen. Diese weitergehende Bedeutung kann man nur der Parteibefragung vor Gerichtskommission beimessen. Aus der bloß aufklärenden und ergänzenden Natur der Parteibefragung folgt, daß von einem Zwang oder rechtlichen Nachteil gegenüber der die Antwort verweigernden Partei keine Rede sein kann. Man muß allerdings von den Parteien zum mindesten verlangen, daß sie ihre Ausführungen in verständlicher und möglichst vollständiger Form machen und ebenso ihre Antworten der Wahrheit gemäß geben[39]). Im übrigen aber ist das Verhalten der Partei, ihre Antwort oder ihr Stillschweigen für den Richter verbindlich, da er nicht die Macht hat, aus eigener Initiative den Prozeßstoff zu vervollständigen.

---

[35]) Prozeßleitung, p. 119/120.
[36]) Vgl. Maier, p. 15. Streuli zu Zürich, Art. 99, Note 1.
[37]) Vgl. Gafner, p. 104.
[38]) So Bericht des Kantonsgerichtes vom Jahre 1907, p. 23.
[39]) Vgl. Bern, Art. 42: „Die Parteien sollen sich ..... der absichtlichen Verdrehung der Wahrheit enthalten."

§ 7. Der Antrag der Beweise.

Die Parteiverantwortlichkeit für die Beweisbeschaffung umfaßt nicht nur die tatsächliche Sammlung des Beweismaterials, sondern auch dessen förmlichen Antrag an das Gericht. Soweit der Richter nicht tätig mitgewirkt an der Beweissammlung, weiß er ja nichts von den vorhandenen Beweisen. Diese müssen ihm erst angetragen werden, bevor er zu ihrer Abnahme und Verwertung schreiten kann. Es ist demnach eine natürliche Folge des Parteibetriebes, wenn das Gesetz in den Artikeln 189, 192, 193 vorschreibt, daß sowohl Kläger wie Beklagter in ihren Prozeßeingaben die Beweismittel für die von ihnen zum Beweise verstellten einzelnen Klage- und Einredetatsachen aufzuführen haben. Die zum Beweise dienenden Urkunden sind überdies bei der Gerichtskanzlei zur Einsicht des Gegners und allfälliger Streitbeteiligter niederzulegen (Art. 190). Diese Vorschriften ermöglichen nicht nur dem Richter, das vorhandene Beweismaterial zu überblicken, sondern entsprechen auch den natürlichen Interessen der Parteien, die Angriffs- und Verteidigungsmittel des Gegners kennen zu lernen. Nach dem Entscheide der Rekurskommission vom 3. Dezember 1902 hat der Prozeßgegner „ein Recht darauf, bereits im Vorverfahren durch die Prozeßschriften zu erfahren, welche Tatsachen behauptet und zum Beweise verstellt werden, damit er seinerseits Gelegenheit hat, sich ebenfalls in den Prozeßschriften darüber vernehmen zu lassen und die Gegenbeweise anzutragen". Es genügt also nicht nur, daß die Partei überhaupt ihre Beweismittel nennt, diese Angabe muß auch sämtliche der Partei zur Verfügung stehende Beweismittel enthalten. Es wäre allen Prozeßbeteiligten schlecht gedient, wenn die Rechtsschriften nur einen Teil der Beweise aufwiesen und die übrigen zurückgehalten werden könnten, um im späteren Verlaufe des Verfahrens zahlreiche Ueberraschungen und völlig veränderte Prozeßsituationen zu schaffen[1]). Der Prozeß ist wohl ein Kampf ums Recht, aber der Gesetzgeber will, daß die Parteien mit offenem Visier kämpfen. Der Gegner soll nur dort parieren müssen, wo er wirklich angegriffen wird. Nur so kann der Prozeß auf die wesentlichen Punkte beschränkt und damit beschleunigt werden. Wenn die angeführten Artikel es nicht wie z. B. Bern (Art. 92) expressis verbis erklären, daß sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen seien, so sind sie doch in diesem Sinne auszulegen. „Das Prozeßgesetz beruht auf dem Grundsatz des beidseitigen rechtlichen Gehörs. Dieses Prinzip erlangt nur dann seine volle Bedeutung, wenn eine Partei nach Maßgabe der Vorschriften dieses Gesetzes über die Behauptungen der Gegenpartei und deren sämtliche Beweismittel rechtzeitig orientiert wird. Wenn der Richter gestatten wollte, daß der Kläger planmäßig eine große Reihe von Beweismitteln zurückhalte und sie dann erst nach der Hauptverhandlung pro-

[1]) Vgl. Heusler, Zivilprozeß, p. 72.

duziere, so würde er gegen den Grundsatz des beidseitigen rechtlichen Gehörs verstoßen und sich einer Justizverweigerungsbeschwerde aussetzen"[2]).

Damit hat auch das st. gallische Gesetz die sogenannte Eventualmaxime grundsätzlich anerkannt. So wichtig wie das Prinzip selbst sind aber die Ausnahmen, welche die tatsächlichen Verhältnisse gebieterisch erheischen. Weil die Eventualmaxime ein Mittel gegen Prozeßverschleppung darstellt, darf sie sich nicht in ihr Gegenteil umkehren und wiederum Anlaß zu langwieriger Prozeßführung geben. Diese Gefahr liegt sehr nahe, wenn der Grundsatz zu schroff und zu ausschließlich durchgeführt wird. Muß der Kläger schon in der Klage für alle und jede seiner Angaben Beweismittel bereitstellen, dann kann er seine Aengstlichkeit und Vorsicht nicht weit genug treiben. Er überladet seine Klageschrift mit einer Menge von Beweisen, von welchen sich in der Folge zeigt, daß sie überflüssig waren[3]). Diese Allseitigkeit der Klage hat dann zur Folge, „daß auch der Beklagte auf alle Einzelheiten antworten muß und dadurch Gelegenheit erhält, eine ganze Reihe nutzloser Nebengefechte einzuleiten, welche mit der Hauptsache gar nichts zu tun haben"[4]). Rücksichten auf die materiellen Parteirechte verlangen ferner eine gewissermaßen automatische Ausschaltung der Eventualmaxime, wenn die Partei neue Tatsachen und Beweismittel entdeckt. Denn wie schon ein Urteil des Kantonsgerichtes vom Jahre 1902 (20. Oktober) ausführt, sind die Rechtsfragen nach den zur Zeit der Urteilsfällung vorliegenden Tatsachen zu beurteilen und nicht lediglich nach den Tatsachen, welche zur Zeit der Klageanhebung verwirklicht waren.

Diesen Erwägungen konnte sich der Gesetzgeber nicht entziehen und er hat infolgedessen durch verschiedene Milderungen der Eventualmaxime die prozeßbeschleunigende Funktion erhalten. Schon die Zulassung eines doppelten Schriftenwechsels bietet den Parteien reichlich Gelegenheit, ihre Stellungnahme zu präzisieren und auf die Hauptsache Gewicht zu legen. Dann aber ist es ihnen gestattet, mittelst nachträglicher Prozeßeingaben neue Tatsachen und Beweismittel vorzuführen, „wenn diese von wesentlichem Einfluß auf den Hauptentscheid sein können" (Art. 196). Solche nachträgliche Prozeßeingaben sind wenigstens sieben Tage vor der Gerichtsverhandlung einzureichen. Diese Befristung ist allerdings bloß Ordnungsvorschrift. Ihre Nichteinhaltung hat nur die Folge, daß die Gegenpartei auf Kosten des Säumigen Aufschub verlangen kann. Dieser Aufschub wird auch trotz Einhaltung der Frist gewährt, sobald sich die Gegenpartei durch die neuen Prozeßeingaben vor eine so veränderte Prozeßsituation gestellt sieht, daß sie ihrerseits erst ihre Akten revidieren und

[2]) Urteil des Kantonsgerichtes, 8. März 1905.
[3]) Vgl. Schurter-Fritzsche, p. 366, Anmerkung 554.
[4]) Schorer, die bernische Justizreform, p. 19.

ergänzen muß. Die Kosten lasten auch in diesem Falle auf der Partei, welche die Nova vorgebracht hat. Zur Steuerung etwaigen Mißbrauches ist das Gericht befugt, die Partei zu einer Ordnungsbuße zu verurteilen, wenn ihre nachträglichen Eingaben weder durch außerordentliche Umstände noch durch das Verhalten des Gegners genügend entschuldigt werden können. Dieser st. gallischen Regelung gegenüber geben andere Gesetze den Parteien größeren Spielraum. So ist in Bern (Art. 92 93), genügend Entschuldigungsgründe vorausgesetzt, die Ergänzung und Berichtigung der Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Endurteil gestattet. Kann infolge solcher Anführungen die Hauptverhandlung nicht zu Ende geführt werden, hat die veranlassende Partei nur dann die Kosten des Termins zu tragen, wenn sie ein Verschulden trifft. Schlechterdings gestatten die Zulassung neuer Beweise Zürich (Art. 144), Luzern (121), Thurgau E. (174) mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß „eine Partei, welche ohne genügende Rechtfertigung derartige nachträgliche Anbringen geltend macht, die daraus entstehenden Mehrkosten zu tragen" hat (Luzern). Auch Schwyz (Art. 334) und Zug (210) lassen die Nova wenigstens bis zum Beweisverfahren zu, während der kurzen Befristung in Wallis („Nach den mündlichen Vorverhandlungen können die Parteien keine neuen Beweismittel mehr geltend machen" Art. 169) die richterliche Befugnis heilend gegenübersteht, selbst bei den Verhandlungen von Amtes wegen Beweise zu erheben (171). Es wäre für das st. gallische Gesetz wünschenswert, daß in der Frage der Zulassung neuer Tatsachen und Beweismittel dem richterlichen Ermessen größere Freiheit gewährt würde. Dies bedeutete keineswegs die unbeschränkte Zulassung von Nova; das Eventualprinzip sollte in seiner Handhabung nur enger mit dem Prozeßleitungsamt des Richters verknüpft werden, damit es sich in jedem Fall nur zum Wohle des ganzen Verfahrens auswirken kann[5]).

Sieht sich die Partei auf Grund des geltenden Gesetzes außer Stande, ihre neuen Beweismittel im erstinstanzlichen Verfahren anzubringen, dann steht ihr — eventuell außer der Appellation — immer noch 10 Jahre lang das Rechtsmittel der Revision offen, wenn sie diese entscheidenden Beweismittel nicht kannte oder wegen Verhältnissen, die außer ihrer Gewalt lagen, nicht vorlegen oder geltend machen konnte (Art. 318 b.). Unabhängig von jedem derartigen Nachweise sind neue Tatsachen und Beweismittel im Appellationsverfahren zulässig (Art. 306). Es soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, allfällig ihnen erstinstanzlich nachteilig gewesene Unterlassungen vor zweiter Instanz gutzumachen und dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen[6]). Doch weisen hier die Fristbestimmungen peremptorischen Charakter auf. Die Partei hat höchstens zweimal Gelegenheit, neue Beweisanträge zu stellen; der Appellant

[5]) Vgl. Heusler, Zivilprozeß, p. 82.
[6]) Botschaft des Regierungsrates, vgl. Amtsblatt 1894, p. 150.

gleichzeitig mit der Appellationserklärung, der Appellat innert 10 Tagen seit Mitteilung der Appellation, sodann beide Parteien innert 10 Tagen seit Zustellung der Vernehmlassung der Gegenpartei[7]). Im Gegensatz zum Verfahren vor erster Instanz werden hier die Kosten des betreffenden Verfahrens der Partei nur auferlegt, wenn sie nicht zu beweisen vermag, daß sie zu der Prozeßerweiterung durch das ordnungswidrige Verhalten des Gegners veranlaßt worden ist oder die Beweismittel auch bei angemessener Tätigkeit nicht hat kennen oder produzieren können (Art. 306 Zif. 5,2).

Ausgeschlossen ist die Geltendmachung neuer Tatsachen und Beweise im beschleunigten Verfahren (Art. 266 Zif. 4 c). Für das Verfahren vor Handelsgericht bestimmt Art. 19 des Gesetzes über das Handelsgericht: „Wenn es zur Wahrung wesentlicher Parteiinteressen notwendig erscheint, so kann das Gericht neue Behauptungen und Beweisanträge zulassen". Im Untersuchungsverfahren ist den Ergänzungsbegehren der Parteien grundsätzlich eine Frist von 10 Tagen gesetzt. Auf begründetes Gesuch hin muß aber Verlängerung gewährt werden, zudem kann dem Zweck des Verfahrens entsprechend der Instruktionsrichter die Untersuchung nach seinem Ermessen ergänzen Für die übrigen Verfahren fehlen besondere Bestimmungen über die Zulassung nachträglicher Beweismittel. An ihre Stelle tritt aber die richterliche Befugnis, weitere notwendig erscheinende Beweismaßnahmen von Amtes wegen vorzunehmen[8]).

In diesem Zusammenhang mag noch erwähnt werden, daß jede Partei gegen die Beweismittel des Gegners Einsprache erheben kann (Art. 192/3) Solche beanstandete Beweismittel dürfen nicht schon im Vorverfahren vom Gerichtspräsidenten bereit gestellt werden, wie das bei den übrigen der Fall ist (Art. 202). Das Gesetz ist aber nicht ganz klar, wenn es in Art. 202 Zif. 5 bestimmt, daß der Gerichtspräsident jene Zeugen vorladen soll, „gegen welche die Gegenpartei in den Prozeßeingaben keine Einsprache erhoben hat oder deren Einvernahme ihm wahrscheinlich erscheint". Unter die letztere Kategorie können sehr wohl gerade angefochtene Zeugen fallen. Praktisch wird wohl darauf abgestellt, welcher Art die Einsprache gegen den Zeugen ist. Richtet sie sich gegen die Zulässigkeit des Zeugen und scheint diese Einwendung irgendwie begründet, dann wird der Gerichtspräsident die Vorladung unterlassen. Wird aber nur die Zuverlässigkeit des Zeugen bemängelt, dann rechtfertigt sich nicht nur, daß der Zeuge vorgeladen, sondern auch, daß er abgehört werde, weil diese Eigenschaft nur durch den unmittelbaren Eindruck des Zeugen bewertet werden kann[9]).

---

[7]) So Urteil des Kantonsgerichtes, 6. Mai 1916.

[8]) So Art. 228, für das Verfahren vor Gerichtskommission, 234, für dasselbe vor dem Vermittler als Einzelrichter, 246, für dasjenige in Haftpflichtsachen und Art. 6, Ziffer 8, des Gesetzes über das Unfallversicherungsgericht.

[9]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 221, Note 1.

§ 8. Der Beweisbeschluß.

Zwischen den Beweisantrag und die Beweisabnahme schiebt sich eventuell das sogenannte Beweisdekret oder der Beweisbeschluß. Er wird erlassen, wenn in der Hauptverhandlung nach Anhörung der Parteien der Streitfall noch nicht spruchreif erscheint (Art. 211). Ein Beweisverfahren findet möglicherweise bereits in einem früheren Prozeßstadium statt; denn nach Art. 202 kann der Gerichtspräsident unter gewissen Bedingungen schon im Vorverfahren Gutachten einholen, Urkunden edieren lassen und einen Augenschein anordnen. Daraus folgt, daß der Beweisbeschluß der Beweisabnahme nicht unbedingt vorzugehen braucht. Wie sich die vorgängige Beweisabnahme zum Beweisbeschluß verhält, wird später zu zeigen sein.

Der Beweisbeschluß ist einfache prozeßleitende Verfügung (Art. 115 Zif. 1), wodurch das Gericht im konkreten Fall genau die zu beweisenden Tatsachen bezeichnet, ebenso die Partei, welcher der Beweis obliegt und die Beweismittel, wodurch derselbe geführt werden soll (Art. 212). Im Gegensatz zu anderen Gesetzen (z. B. Zug E 206, Thurgau E 228) fehlt im st. gallischen Prozeß die Vorschrift, daß der Beweisbeschluß auch die Frist bestimmen soll, innerhalb welcher die Beweismittel einzureichen sind. Diese Befugnis ist aber mit in der Prozeßleitung des Richters enthalten. Der Beweisbeschluß stellt nach der gegebenen Definition die erheblichen Tatsachen fest, da nur sie zum Beweise zugelassen werden. Er hat die besten Beweismittel auszuwählen, damit die Tatsachen auf dem sichersten und kürzesten Wege bewiesen werden können. Endlich muß er bestimmen, welche Partei die Beweislast trägt. In ihrem eigenen Interesse sucht jede Partei den Rechtsstreit so zu gestalten, daß sie die Beweislast zum möglichst größten Teil auf den Gegner abwälzen kann. Soweit aber die Partei beweisen muß, wird sie für ihre Ansprüche möglichst viele Beweismittel herbeischleppen und die grundsätzliche Geltung der Eventualmaxime kann sie in diesem Bestreben nur unterstützen. Zudem wird die Partei oft für unerhebliche Tatsachen Beweis antragen, weil sie in manchen Fällen nicht zum vornherein weiß, welche Tatsachen letzten Endes erheblich sein werden. Dieses weitschichtige Beweismaterial soll nun durch den Beweisbeschluß geordnet, gesichtet und ausgeschieden werden. Darin liegt die Bedeutung des Beweisdekretes für ein rationelles Prozeßverfahren. Wird der Beweisbeschluß bestimmt und richtig abgefaßt, bewirkt er eine klare und zweckentsprechende Prozeßführung, ist er aber verfehlt, dann wird er „statt das Zweifelhafte zu vermindern und zurückzudrängen eine Quelle weiterer Verwirrungen“[1]). Der Beweisbeschluß hat noch eine andere nicht minder wichtige Bedeutung. Soll das Beweisverfahren vor erster Instanz auf seine Gesetzmäßigkeit geprüft werden, dann

[1]) Klein, p. 155, vgl. auch Levin, p. 146/7.

trägt ein übersichtlicher und umfassender Beweisbeschluß zur Erleichterung dieser Ueberprüfung sehr viel bei und schützt gegen Vorwürfe wegen unzutreffender Beweismaßnahmen; denn er ist das beste Mittel, „um das zur Wahrheitsfeststellung herangezogene Beweismaterial in jeder Zeit revidierbarer Art zu bezeichnen“[2]).

Ein guter Beweisbeschluß verlangt vom Gericht eine eingehende Prüfung der Streitsache sowohl in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung. Nur so wird es entscheiden können, welche Tatsachen erheblich sind und für welche Kläger oder Beklagter die Beweislast tragen. Doch hängt die Qualität des Beweisbeschlusses nicht nur vom Richter ab, sondern wird auch von außer ihm liegenden Umständen stark beeinflußt. Der beste Beweisbeschluß wird nicht taugen, wenn nachträglich das Streitverhältnis in wesentlichen Teilen umgestaltet wird, sei es, daß neue Tatsachen und Beweismittel entdeckt werden, sei es, daß eine Partei durch teilweisen Verzicht die Rechtslage ändert. Aber auch ohne das ergibt sich unter Umständen aus der Beweisabnahme selbst, daß zur richterlichen Ueberzeugung nicht alle im Beweisdekret genannten Beweise erschöpft zu werden brauchen oder im gegenteiligen Fall, daß die vorgebrachten Beweismittel nicht genügen und weitere herangezogen werden müssen. Aus diesem Grunde gestaltet der Gesetzgeber das Beweisdekret zur bloß prozeßleitenden Verfügung, die jederzeit, wenigstens bis zur Urteilsfällung, abgeändert werden kann (Art. 214)[3]). Weder die rationelle Prozeßführung noch weniger das materielle Recht sollen unter einem mangelhaften Beweisbeschlusse leiden. Immerhin darf diese Abänderlichkeit des Beweisdekretes nicht willkürlich geschehen. Das Gesetz fordert deshalb ausdrücklich, daß die Gründe, welche zur Abänderung geführt, bekannt zu geben sind (Art. 214). Wie das Kantonsgericht in seinem Entscheid vom 29. Oktober 1921 ausführt, hat natürlich auch vor der Urteilsfällung die Abänderlichkeit des Beweisbeschlusses ihre faktischen Grenzen. Ist der Beweisbeschluß ausgeführt worden, kann er nicht mehr abgeändert werden. „Ein bereits erstattetes Gutachten, eine bereits edierte Urkunde, ein bereits geleisteter Eid können nicht durch nachträgliche Abänderung des Beweisbeschlusses für nicht existent erklärt werden. Ebensowenig kann ein Zeuge, der bereits einvernommen worden ist, nachträglich von der Einvernahme ausgeschlossen werden“. Wohl hat es der Richter in der Hand, bei der Beweiswürdigung auf diese Umstände Rücksicht zu nehmen, eine andere Frage ist aber, ob nicht ein Nichtigkeitsgrund geschaffen wird, wenn durch die Ausführung eines verfehlten Beweisbeschlusses die Parteien in ihren Rechten verkürzt worden sind[4]).

Als prozeßleitende Verfügung ist der Beweisbeschluß ein grundsätzlich nicht weiterziehbarer Entscheid. Seine Anfechtung ist nur

---

[2]) Klein, p. 150.
[3]) Ebenso Schwyz (209), Zug E (207), 1, Thurgau E (229).
[4]) Vgl. unten § 11.

möglich im Rahmen des Endurteils. Das ergibt sich aus Art. 302 Zif. 3 („die Appellation kann ergriffen werden: 3. gegen alle Beweiserkenntnisse, wonach einer Partei ein Erfüllungs- oder Entlastungseid, bezw. das Handgelübde überbunden wird") in Verbindung mit der Tatsache, daß sonst über die Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses nirgends etwas gesagt wird[5]). Der Weiterzug des Beweisbeschlusses würde seinem Zweck, den Prozeß auf das Wesentliche zu beschränken und damit einem raschen Ende entgegenzuführen, schlecht entsprechen. Art. 302 Zif. 3 gewährt eine Ausnahme nur für das Eidesdekret. Gegen dieses ist die Appellation zulässig[6]). Weil der Eid definitive, den Richter formell bindende Kraft besitzt, muß die Partei ein Mittel in der Hand haben, gegen ungesetzliche Ueberbindung des Eides rechtzeitig auftreten zu können. Sie würde sonst in ihren Rechten schwer geschädigt. Der gleiche Gedanke, die materiellen Parteirechte zu wahren, hat das Kantonsgericht sogar veranlaßt, gegen den Beweisbeschluß in bestimmten Fällen die Rechtsverweigerungsbeschwerde zuzulassen. „Die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegenüber Beweisdekreten ist nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, da Fälle denkbar sind, wo durch Vollzug eines Beweisbeschlusses einer Partei gegenüber eine eklatante Rechtsverweigerung begangen werden könnte. Wäre in solchen Fällen die Rechtsverweigerungsbeschwerde wie alle anderen ordentlichen Rechtsmittel ausgeschlossen, so wäre der Schutz dieser ordentlichen gegen die Haupturteile zulässigen Rechtsmittel illusorisch, zum Beispiel in dem Fall, wo durch das Beweismittel der Expertise der Streitgegenstand in der Substanz oder im Werte vernichtet würde". (Urt. der Rek.-Kom. 6. Mai 1905).

Einleitend wurde bemerkt, daß das Beweisdekret nur ergeht, wenn nach den Parteivorträgen und eventueller Beweisaufnahme ein weiteres Beweisverfahren notwendig wird. Dies tritt nun regelmäßig ein, wenn Zeugen abzuhören sind, wenn gegen die von einer Partei verlangte Expertise oder die von ihr begehrten Urkunden Einsprachen vorliegen, wenn eine Partei den Eid leisten soll und endlich wenn neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden. Art. 164 bestimmt, daß jeder Zeuge auf Grund der im Beweiserkenntnis festgestellten Beweissätze einvernommen wird. In gleicher Weise soll das Eidesdekret die zu beschwörenden Tatsachen genau feststellen (Art. 183) und wiederum im Beweiserkenntnis das Gericht darüber entscheiden, ob die neuen Beweismittel von wesentlichem Einfluß auf den Hauptentscheid sein können (Art. 198). Liegt endlich gegen ein Expertisebegehren Einsprache vor, so wird im Beweisbeschluß nicht nur über dessen Zulässigkeit entschieden, sondern derselbe hat auch die Fragen an die Experten genau zu formulieren und die Person der Sachverständigen zu bezeichnen (Art. 172b.).

---

[5]) So Urteil der Rek. Kom., 6. Mai 1905.
[6]) Vgl. p. 67.

Gegen jeden Beweisantrag einer Partei kann die Gegenpartei Einsprache erheben, sei es gegen Zulässigkeit oder Zuverlässigkeit des Beweismittels. Die Folgen solcher Einsprachen werden in Art. 202 teilweise geregelt: der Gerichtspräsident darf im Vorverfahren weder Urkunden edieren lassen noch Zeugen vorladen, wenn gegen die verlangte Urkundenedition resp. die Zeugeneinvernahme Einsprache erhoben wurde. Ueber diese Einsprachen muß irgendwie entschieden werden. Was die Urkundenedition anbelangt, bestimmen die Art. 152,3 und 153,3, daß das Gericht im Beweiserkenntnis darüber zu befinden habe, ob die Urkunde zur Feststellung der bestrittenen Tatsachen notwendig ist und deshalb von der Gegenpartei resp. dem Dritten vorgelegt werden muß. Die Botschaft des Regierungsrates führt in dieser Beziehung aus: „Die häufig auftauchenden Streitfragen betreffend Urkundenedition eignen sich durchaus nicht zu vorfrageweiser Behandlung[7]). Erst wenn die Streitsache materiell vorgetragen und das bereits produzierte Beweismaterial geprüft ist, kann der Richter entscheiden, ob noch ein weiterer Urkundenbeweis notwendig und ein daheriges Editionsbegehren begründet sei“[8]). Was aber mit den Einsprachen gegen Zeugen zu geschehen hat, wird im Gesetz nicht gesagt. Macht der Beweisgegner geltend, daß der Zeuge überhaupt nicht vorgeladen werden darf, so ist die Analogie zur bestrittenen Editionspflicht gegeben: in beiden Fällen wird nicht die Beweiskraft des Beweismittels bemängelt, sondern dessen Verwertung im hängen-

---

[6]) V. p. 66. Dies gilt allerdings nur für die Fälle, wo der Eid in appellationsfähigen Prozessen überbunden wird, das heißt im Verfahren vor Bezirksgericht als erster Instanz. (Art. 302, Eingang: „Die Appellation kann innert den Schranken des Art. 30, Abs. 1, ergriffen werden .....“ — Art. 30, 1: „Das Kantonsgericht beurteilt letztinstanzlich alle jene Streitsachen, welche erstinstanzlich dem Bezirksgericht überwiesen sind.“) Unterliegt der Rechtsstreit nur der Nichtigkeitsbeschwerde (so wenn die Gerichtskommission auf Eid erkennt), dann ist die Partei vorerst machtlos gegen eine Eidesauflegung, die Kassationsinstanz hat sich aber ausdrücklich das Recht vorbehalten, den schon geleisteten Eid auf seine gesetzlichen Voraussetzungen hin zu prüfen und im gegebenen Fall ihn als prozessual nicht geleistet zu betrachten (so Urteil der Rekurskommission vom 27. Oktober 1923). Also ist die Partei in jedem Fall gegen eine unrechtmäßige Eidesüberbindung geschützt.
Eine ähnliche Regelung hat Schwyz (291), wo der selbständige Rekurs gegen den Beweisbescheid über den Parteieid ausgeschlossen wird, jedoch in allen appellabeln Fällen die Abnahme des Eides verschoben und das Urteil bedingt unter der Voraussetzung gefällt wird, daß der auferlegte Eid geleistet werde.
In Luzern (213, 2) und Zug E (285) ist gegen die Eidesüberbindung durch das Gericht der Rekurs zulässig, während Thurgau E (228, 230) das Handgelübde an Eides Statt nur durch ein mit Gründen versehenes Zwischenurteil auferlegt, gegen welches die gleichen Rechtsmittel offen stehen wie gegen Endurteile.

[7]) So war es im alten Gesetz.

[8]) vgl. Amtsblatt 1894, pag. 167.

den Verfahren überhaupt in Frage gestellt. Daraus läßt sich folgern, daß diese Einsprachen auch gleicherweise erledigt werden, was in der Tat dem natürlichen Gang des Verfahrens am ehesten entspricht. Die Zeugen werden ja ohnedies nur auf Beweisbeschluß hin einvernommen, also bietet sich hier die natürliche Gelegenheit, über die Zulässigkeit des Zeugen zu entscheiden. Was die Botschaft des Regierungsrates (oben) über die Edition ausführt, gilt auch für diese Zeugeneinsprachen. Wird dagegen lediglich die Zuverlässigkeit des Zeugen angegriffen, so wurde bereits gefordert, daß diese Einsprache nicht nur nicht verhindern soll, den Zeugen vorzuladen, sondern daß er auch vom Gericht abgehört wird, weil die Zuverlässigkeit nur so geprüft werden kann.

Die gemachte Feststellung, daß der Beweisbeschluß sehr wohl mehrere Verfügungen in sich aufnehmen kann, weist hin auf die Frage der Einheitlichkeit des Beweiserkenntnisses. Seine vielseitige Bedeutung könnte zunächst den Gedanken nahe legen, daß in ein und demselben Prozeß mehrere gesonderte Beweisbeschlüsse ergehen. Obwohl das tatsächlich zutreffen kann und das Gericht daran nicht gehindert wird, verlangt doch die Konzentration des Verfahrens, daß der Beweisbeschluß in der Regel ein einheitlicher und alle Fragen umfassender sei[9]). Nur so dient er zur Abkürzung und Beschleunigung des Prozesses. Denn die Abfassung eines einheitlichen Beweisbeschlusses nötigt das Gericht zu einer eingehenden Prüfung des gesamten Rechtsstoffes; es muß sich völlig klar sein, wie sich die einzelnen zum Beweise verstellten Tatsachen zueinander verhalten, „ob nach Bewahrheitung der einen Tatsache gewisse Gegenbehauptungen des Beklagten beachtlich sind“[10]). Mit dieser Frage eng verbunden ist die andere, in welcher Reihenfolge die angetragenen Beweise abgenommen werden sollen. Sehr einleuchtend ist der Ratschlag, das Gericht solle denjenigen Beweis zuerst erheben, von dem es sich verspricht, daß er zuerst zur Spruchreife führen wird[11]). Praktisch wirkt sich diese Regel so aus, daß in ein und demselben Beweisbeschluß ein nachfolgender Beweis als bloß eventueller, das heißt je nach Ausfall des primären Beweises abzunehmender bezeichnet wird. Welche Anordnung aber im gegebenen Fall die beste ist, darüber muß das richterliche Ermessen entscheiden; bald wird so, bald anders die Gründlichkeit und Raschheit des Verfahrens befördert[12]). Daß de lege lata, was neben der allgemeinen Aufgabe des Beweisbeschlusses die Einsprachen gegen die Beweismittel anbelangt, die einheitliche Abfassung des Beweisbeschlusses nicht nur möglich, sondern durch das Gesetz geradezu gegeben ist, wurde schon gezeigt. Diesem einheitlichen

[9]) vgl. Hellwig pag. 685, Leuch pag. 161 oben, vgl. auch Schwyz 332, Zug E. 205.
[10]) Schmidt, Lehrbuch, pag. 307, Levin pag. 145/6.
[11]) Hellwig a. a. O.
[12]) Schmidt, pag. 297.

Beweisbeschluß muß sich aber auch die bereits im Vorverfahren stattgefundene Beweisaufnahme unterordnen. Wohl läßt das Gesetz darüber nichts Spezielles verlauten, daß sich der Beweisbeschluß auch auf diese schon abgenommenen Beweise erstrecken soll. Bei richtiger Bewertung des Beweisbeschlusses als eines Mittels zur klaren und übersichtlichen Anordnung der Beweise kommt man aber unbedingt zur Forderung, daß der Beweisbeschluß auch die schon erhobenen Beweise enthalte. Hier ist allerdings eine gewisse Einschränkung zu machen. Die im Vorverfahren erhobenen Beweise binden das Gericht nicht schlechthin. Auch diese Ansicht entbehrt zwar einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Sie läßt sich aber ohne Schwierigkeit aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ableiten, besonders wenn man bedenkt, daß das erkennende Gericht wohl regelmäßig einen ganz anderen Einblick in den Rechtsstreit erhält und deshalb einen Beweis unter Umständen ganz anders bewertet wie der nur durch die Rechtsschriften informierte Instruktionsrichter[13]). Zur weiteren Begründung dieser Auffassung darf wohl auch Art. 23 E. G. zum Z. G. B. herangezogen werden, wo dem Gericht für die Fälle des Untersuchungsverfahrens die Befugnis erteilt wird zur nochmaligen Einvernahme von Zeugen, welche vom Instruktionsrichter bereits einvernommen wurden, überhaupt zur Abnahme weiterer von den Parteien beantragter, vom Instruktionsrichter abgelehnter Beweismittel. Wenn sich auch das Untersuchungsverfahren nur mit der restlosen Aufklärung des tatsächlichen Verhältnisses zufrieden gibt und demgemäß die Grundsätze über den Beweis anders gestaltet wie das ordentliche Verfahren, so wird auch für dieses leitendes Prinzip sein, ein Beweismittel nach Möglichkeit auszunützen und zu verwerten. Sind also die Beweismaßnahmen im Vorverfahren richtigerweise nur „Beweismaterialbeschaffung“[14]), so hat eben der in der Hauptverhandlung ergehende Beweisbeschluß Klarheit darüber zu schaffen, ob sie wirklich dem Gericht zur Feststellung des erheblichen Tatbestandes gedient haben. Es brauchen also nicht alle vorgängigen Beweisaufnahmen im Beweisbeschluß zu figurieren, sondern nur die, welche effektiv zur Verwertung gelangen. Damit ist die oben erwähnte Einschränkung gekennzeichnet, zugleich aber ein neues Argument für die Forderung gegeben, daß der Beweisbeschluß die Beweisaufnahme des Vorverfahrens enthalten muß. Aus dem Gesagten ist endlich zu schließen, daß die Abfassung des Beweisbeschlusses auch dann praktisch wird, wenn die vorgängigen Beweismaßnahmen nicht genügen, neue Beweiserhebungen aber erst durch das richterliche Fragerecht oder von Amtes wegen veranlaßt werden[15]).

[13]) vgl. Bern Art. 197.
[14]) Leuch zu Bern 179.
[15]) So ausdrücklich Art. 306 Ziffer 3 für das Appellationsverfahren: „Die Erhebung von Beweisen, auf welche von der ersten Instanz nicht eingetreten wurde, erfolgt in allen Fällen durch die zweite Instanz auf Grund eines zu erlassenden Beweisbeschlusses.“

§ 9. Die Beweisaufnahme.

Die Beweisaufnahme ist jene Tätigkeit, „durch welche die in den Beweismitteln enthaltenen oder von denselben dargebotenen Beweisgründe zu Tage gefördert und gesammelt werden“[1]). In erster Linie gerichtliche Tätigkeit schließt die Beweisaufnahme die Mitwirkung der Parteien nicht aus. Diese hat aber nur ergänzenden Charakter und ändert am Wesen der Beweisaufnahme als eines direkten Vorganges zwischen Gericht und Beweismittel nichts. Von der Art und Weise, wie die Beweise aufgenommen werden, hängt in hohem Maße die Beweiswürdigung ab. Als Objekt seiner Bewertung muß das Gericht das Beweismittel klar und bestimmt erfassen. Dazu dienen ihm wie bei der Tatsachenfeststellung überhaupt zwei Wege, nämlich die eigene oder dann fremde Wahrnehmung, das heißt der Beweis kann entweder vom urteilenden Gericht selbst oder dann durch seine Delegierten aufgenommen werden. Ohne weiteres gebührt der unmittelbaren richterlichen Wahrnehmung der Vorrang; denn nichts wird den Richter stärker beeinflussen wie seine eigene Anschauung. Das gilt besonders bei dem problematischen Beweis durch Zeugen. Gar häufig wird der Richter den Zeugenbeweis nur dann nach allen Seiten hin frei würdigen können, wenn er unter dem persönlichen Eindruck des Zeugen steht. In dieser Hinsicht ist es geradezu ein Postulat der freien Beweiswürdigung, daß der Richter direkt mit dem Beweismittel in Kontakt kommt. Der Grundsatz der unmittelbaren Beweisaufnahme gehört mit zu den bedeutendsten Prinzipien des Zivilprozesses. So nennt Wach[2]) die Unmittelbarkeit das Lebensprinzip des Zivilprozesses und Klein[3]) führt treffend aus: „Die Unmittelbarkeit ist nichts anderes als die gesetzliche Rezeption der Art, wie die Menschen im Leben, in gewöhnlichen Dingen sich erkundigen, die Wahrheit suchen und zu einem Urteil gelangen“.

Trotz alledem würde die ausschließliche Geltung des Unmittelbarkeitsprinzipes zu Unzukömmlichkeiten führen und an der Macht der tatsächlichen Verhältnisse scheitern. Aehnlich wie bei der Beweismittelbeschaffung ruht auch bei der Beweisaufnahme das praktische und teleologische Moment in einem Kompromiß sich widerstreitender Prinzipien. Sobald im Widerspiel der notwendigen Interessen das Gleichgewicht gestört wird, muß die unmittelbare Beweisaufnahme der mittelbaren weichen. Es ist allerdings nicht leicht, überall die Grenze genau zu bestimmen, wenn es auch Fälle gibt, wo dem Richter nur der Weg der mittelbaren Beweisaufnahme offen steht oder er sich ohne weiteres für das eine oder andere entscheidet. So muß das Gericht zur rogatorischen Zeugenabhörung Zuflucht nehmen, wenn sich ein Zeuge nicht freiwillig dem außerkantonalen Gericht stellt. Es wird sich aber auch ohne lange Ueberlegung mit der bloß kom-

[1]) von Schrutka, pag. 204.
[2]) Grundfragen und Reform pag. 68.
[3]) Vorlesungen pag. 31.

missarischen Zeugeneinvernahme durch den Gerichtspräsidenten begnügen, wenn der Zeuge wegen Krankheit am persönlichen Erscheinen verhindert ist. Besser wie gänzlicher Verlust des Beweismittels ist wenigstens dessen mittelbare Aufnahme. Wo es aber zweifelhaft erscheint, welcher Weg eingeschlagen werden soll, das richterliche Ermessen also den letzten Ausschlag zu geben hat, da mag immerhin die Vermutung für die unmittelbare Beweisaufnahme sprechen, von der nur zwingende Gründe entbinden dürfen.

Praktische Erwägungen werden auch bei Richterwechsel zu einer Lösung führen. Das st. gallische Gesetz hat über den Richterwechsel keine Bestimmung aufgestellt, ihn jedenfalls nicht verboten in der Erkenntnis, „daß dem Verlangen, das Gerichtskollegium in derselben Besetzung für einen mehrere Tagfahrten in Anspruch nehmenden Streitfall zu erhalten, die Verhältnisse des Lebens zwingend entgegenstehen“[4]). Ein Richterwechsel wird wohl die unmittelbare Beweisaufnahme in ihrer Vollständigkeit unmöglich machen. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme würde nicht nur Kosten verursachen, sondern auch einer raschen Prozeßerledigung hindernd im Wege stehen. Für den Regelfall wird genügen, wenn einerseits die Parteien vor weiteren Beweismaßnahmen dem Gericht nochmals eine zusammenfassende Sachdarstellung vortragen[4]), andrerseits der Vorsitzende an Hand der Protokolle über die bereits stattgefundene Beweisaufnahme orientiert. Unter besonderen Umständen müßte aber wohl dem Gericht gestattet sein, eine einzelne Beweisaufnahme zu wiederholen[5]).

Der mögliche Gegensatz zwischen unmittelbarer Beweisaufnahme und rascher und billiger Prozeßführung hat das positive Recht gezwungen, die Unmittelbarkeit bald mehr, bald weniger einzuschränken. Am vollkommensten ist die unmittelbare Beweisaufnahme durchgeführt bei Urkunden, Zeugen und Parteieid. Zwar kann schon im Vorverfahren der Gerichtspräsident nicht angefochtene Urkunden vorlegen lassen (Art. 202 Zif. 2). Aber dies bedeutet lediglich Bereithalten des Beweismaterials für die Hauptverhandlung, wie das auch beim Zeugenbeweis durch die Vorladung geschieht. Das urteilende Gericht nimmt selbst von diesen Urkunden Kenntnis. Die einzige Ausnahme besteht für den Fall, daß eine Untersuchungskommission eingesetzt wird[6]). Für die Zeugen gilt, daß sie auf Grund der im Beweiserkenntnis festgestellten Beweissätze einvernommen werden (Art. 164). Das geschieht erst in oder nach der Hauptverhandlung. Weil weder dem Gerichtspräsidenten noch der Untersuchungskommission die Befugnis eingeräumt wird, Zeugen abzuhören, müssen diese vom erkennenden Gericht selbst einvernommen werden. Diese Methode ist grundsätzlich die einzig richtige; denn nirgends spielt die

[4]) Urteil der Rek. Kom. 28. 9. 1908.
[5]) vgl. Wach, Grundfragen pag. 71.
[6]) vgl. § 6.

unmittelbare Beweisaufnahme eine größere Rolle wie beim Zeugenbeweis[7]). Praktische Rücksichten aber erheischen die Ausnahme, daß „Zeugen, welche wegen Krankheit, Altersschwäche, großer Entfernung oder aus andern erheblichen Gründen nicht persönlich vor Gericht erscheinen können", durch den Gerichtspräsidenten einzuvernehmen sind. Die gesetzliche Regelung läßt dem freien richterlichen Ermessen großen Spielraum. Der Richter muß aber alle in Betracht kommenden Umstände kritisch würdigen. Er muß sich bewußt sein, daß die unmittelbare Vernehmung zu ganz andern Resultaten führen kann wie die kommissarische. Im Hinblick auf die unbedingten Vorteile unmittelbarer Zeugeneinvernahme soll er seinen Entscheid treffen, dann werden weder Kostenfragen noch irgend welche andere Rücksichten einseitig den Ausschlag geben. Wegen seiner Wichtigkeit muß auch der Parteieid vor dem urteilenden Gericht abgelegt werden (Art. 186). Obwohl der Eid formell wirkt und den Richter schlechthin bindet, zeigt selbst hier der persönliche Kontakt zwischen Gericht und Partei seine guten Wirkungen. Die Partei wird sich ihrer folgeschweren Handlung viel eher bewußt, wenn sie demjenigen Richter gegenübersteht, der sich eingehend mit dem ganzen Tatsachenmaterial beschäftigt und ihre Behauptungen und Beweise genau geprüft hat. Der so eingeweihte Richter wird auch in erster Linie befähigt sein, die Instruktion der schwurpflichtigen Partei gehörig vorzunehmen. Die Ausnahmen von der unmittelbaren Leistung des Parteieides vor dem urteilenden Gericht sind dieselben wie bei der Zeugenvernehmung. Da es sich aber um die Partei selbst handelt und nicht um uninteressierte Dritte, wird das richterliche Ermessen hier einen anderen Maßstab für die Erheblichkeit der Gründe aufstellen und die Eidesleistung vor beauftragtem Richter nicht so leicht gestatten wie die kommissarische Zeugenabhörung.

Wer den Augenschein vornehmen soll, haben in erster Linie die Parteien zu bestimmen. Sie können erklären, daß das Gesamtgericht oder eine Kommission oder nur der Gerichtspräsident die Beweisaufnahme machen soll (Art. 168). Fehlen übereinstimmende Anträge, dann wird die Entscheidung ins Ermessen des Gerichtes gestellt. Diese Lösung scheint am ehesten den tatsächlichen Verhältnissen gerecht zu werden; sie ermöglicht eine weise Abwägung aller in Betracht fallenden Umstände. Da durch den Augenschein sehr oft langwierige Prozeßführungen vermieden werden können, sollte jedenfalls in komplizierten Fällen das Gesamtgericht tätig werden[8]). Bei der Expertise beschränkt sich die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme darauf, daß die Experten ihr Gutachten mündlich vortragen. Das ist allerdings nicht die gesetzliche Regel. Es kann unter Umständen schon der Gerichtspräsident im Vorverfahren das Gutachten einholen. Immerhin steht es in der Macht des Gerichts, selbst von Amtes wegen die

[7]) vgl. § 16.
[8]) vgl. unten § 19.

Sachverständigen „behufs mündlicher Ergänzung oder Erläuterung ihres Gutachtens" vorzuladen (Art. 179). Diese Methode wird sich in zahlreichen Fällen bewähren, da die Ansicht der Experten durch mündlichen Vortrag viel lebendiger und leichter faßlich zum Ausdruck kommt. „Das Gericht soll sich tunlichst die Gelegenheit offen halten, die während der Verhandlung oft auftauchenden Zweifel über einzelne Punkte des Sachverständigenbeweises sogleich durch Befragung der Sachverständigen zu lösen und mit Hilfe ihrer mündlichen Darlegung sich die Anschauungswelt und die Gedankengänge der Sachverständigen näher zu bringen"[9]).

Die gleichen Grundsätze, wie sie im Vorgehenden für die einzelnen Beweismittel entwickelt worden, gelten auch für ein eventuelles Beweisverfahren vor zweiter Instanz. Es können neuerdings Augenschein, Expertisen und Kommissionaluntersuchungen angeordnet werden und überhaupt Beweise erhoben werden, auf welche die erste Instanz nicht eingetreten ist (Art. 306). Der Umstand, daß die nochmalige Zeugeneinvernahme vor zweiter Instanz speziell geregelt wird (306 Ziff. 4), weist darauf hin, daß der Gesetzgeber von der richtigen Erkenntnis ausgegangen ist, eine nochmalige Zeugenabhörung sei oft aus psychologischen Gründen wertlos und empfehle sich deshalb nicht, wenn die Aufnahme vor erster Instanz ihrem Inhalte nach erschöpfend und vollständig erscheint[10]). Während die Parteien diese nochmalige Abhörung ausdrücklich verlangen müssen, wird sich das richterliche Ermessen, welches auch hierin freie Hand hat, von den gemachten Erwägungen leiten lassen.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß nach vollendeter Beweisaufnahme den Parteien frei steht, das Ergebnis des Beweisverfahrens in mündlicher Ausführung zu würdigen (Art. 219). Darum sind die Parteien stets zur Beweisaufnahme beizuziehen, was ausdrücklich hervorgehoben ist bei Augenschein (169), beim Zeugenbeweis (164), bei der Expertise (175), sowie bei nachträglicher (218) und vorsorglicher (282 ff.) Beweisaufnahme. Eine Pflicht zu erscheinen haben die Parteien nicht. Sie können auch auf eine Schlußverhandlung verzichten und die Würdigung des Beweisergebnisses dem Richter allein überlassen. Was speziell die Parteivorträge nach der Beweisaufnahme anbelangt, haben sie den Sinn, „daß die Parteien sich über diejenigen Punkte äußern dürfen inbezug auf welche überhaupt ein Beweisverfahren, eine Beweisabnahme, stattgefunden hat. Daß aber diejenigen Klagepunkte, bezüglich derer das Gericht ein Beweisverfahren ausdrücklich nicht für nötig erachtet und über die es sich endgültig ausgesprochen hat, nochmals behandelt und die abgelehnten Beweisanträge von neuem gestellt werden können, widerspricht sowohl dem Wortlaut des Gesetzes wie auch dem Sinn und Zweck des Zivilprozesses"[11]).

[9]) Klein, p. 31.
[10]) Vgl. Levin, p. 144.
[11]) Urteil des Kantonsgerichtes, 3. März 1903.

II. Kapitel.

§ 10. Der außerordentliche Beweis.

Unter den Begriff des außerordentlichen Beweises fassen wir, was das Gesetz die Sicherstellung gefährdeter Beweise nennt. Denn dieses Beweisverfahren spielt sich ab entweder außerhalb eines Prozesses überhaupt oder außerhalb des in einem Prozeß ordentlicherweise stattfindenden Beweisverfahrens. Der gesetzliche Ausdruck Sicherstellung gefährdeter Beweise bezeichnet in eindeutiger Weise den Zweck dieses Verfahrens, welches oft auch vorsorgliche Beweisführung (so Bern Art. 222 ff.) oder Beweisführung zum ewigen Gedächtnis[1]) genannt wird.

Die Sicherstellung gefährdeter Beweise ist im st. gallischen Prozeß nur möglich bei Zeugen, Augenschein und Sachverständigen. Es gibt also keinen vorsorglichen Urkundenbeweis. Dies wird ausdrücklich festgestellt im Amtsbericht des Justizdepartementes vom Jahre 1905: „Zur Sicherstellung gefährdeter Beweise gehört die Sicherstellung eines Urkundenbeweises nicht. Hätte der Gesetzgeber diese Sicherstellung zulassen wollen, so hätte er in diesem Abschnitt auch vorsorgliche Aktenedition oder bezügliche Aufnahmen zum ewigen Gedächtnis vorsehen müssen. Er hat davon aber offenbar absichtlich Umgang genommen. Es kann deshalb nicht angehen, die Sicherstellung eines Urkundenbeweises unter dem Titel einer vorsorglichen Verfügung zu verlangen". Warum aber das Gesetz den vorsorglichen Urkundenbeweis ausgeschlossen, wird damit nicht gesagt. Es ist auch schwer, nach einem Grunde zu suchen; denn es sind doch Fälle denkbar, wo auch ein Urkundenbeweis im Verlaufe der Zeit unmöglich oder unverhältnismäßig erschwert werden kann[2]). Eine gleiche Regelung kennt allerdings auch Genf (179), das österreichische und deutsche Recht[3]). Für diese beiden Rechtsgebiete soll aber möglich sein, bei drohendem Verlust der Urkunden Augenschein an ihr vorzunehmen, abgesehen davon, daß das Sicherungsinteresse durch Feststellungsklage verfolgt werden kann[3]). Die Frage, ob auf diesem Umwege auch im st. gallischen Gesetz eine gefährdete Urkunde für einen eventuellen Prozeß verwertet werden kann, ist aber angesichts des eben erwähnten Amtsberichtes eher zu verneinen. Selbst im gegenteiligen Fall ist die Lösung unbefriedigend. Denn wenn man sich darüber klar ist, daß auch bei Urkunden eine vorsorgliche Beweisaufnahme nötig werden kann dann soll man konsequent auch den unmittelbaren Urkundenbeweis als vorsorglichen Beweis zulassen. Dies gestatten denn auch: Bern Art. 222, Zürich Art. 292, Z. 5, allerdings

[1]) Hellwig, p. 740, von Schrutka, p. 234.
[2]) Vgl. Schnyder, Kom. zu Luzern, Art. 221, Note 1.
[3]) Hellwig a. a. O.

nur im Wege des Befehlsverfahrens[4]), Luzern Art. 221, Schwyz Art. 354, Z. 5, gleich wie Zürich, Zug E. Art. 204, Appenzell A.-Rh. Art. 83, Thurgau E. Art. 197 Z. 3, Neuenburg Art. 310, dieses nicht nur für Urkunden, sondern überhaupt für jedes beliebige Beweismittel («Tous moyens de preuves autres que ceux expressément prévus au présent code».)

Die Voraussetzungen für die Abnahme dieses außerordentlichen Beweises sind bereits in der gesetzlichen Benennung dieses Verfahrens enthalten. Die Beweise resp. die Beweismittel müssen gefährdet sein, es muß also begründete Besorgnis vorliegen, daß das Beweismittel verloren geht oder seine Benützung außerordentlich erschwert wird, wenn die Beweisaufnahme bis zum Zeitpunkt des ordentlichen Beweisverfahrens und der ordentlichen Beweisaufnahme hinausgeschoben würde. So gestattet Art. 282 die vorsorgliche Zeugeneinvernahme, „wenn bei längerem Aufschub der Verlust des Beweismittels zu befürchten wäre". Dies wird auch schon dann zutreffen, wenn der Zeuge sich dauernd ins Ausland begeben will. Vorsorglicher Augenschein wie vorsorgliche Expertise dürfen stattfinden, „wenn sich die Gegenstände eines anhängigen oder zukünftigen Rechtsstreites bei längerem Zusehen erheblich verändern könnten" (Art. 283/284). Als spezieller Zulässigkeitsgrund ist bei der Expertise vorgesehen, daß sie auch dann vorgenommen werden kann, wenn sie „als Rechtsbehelf für die Partei notwendig erscheint". Dieses scheinbare Privilegium ist unklar umschrieben. Man kann sich doch nicht gut vorstellen, daß eine Expertise für die sie beantragende Partei nicht als Rechtsbehelf erscheint. Es ist also höchstens zu folgern, daß eine vorsorgliche Expertise immer dann zulässig ist, wenn sie sich nicht zum vornherein als überflüssig darstellt. Im übrigen stellt das Gesetz ab auf die mehr oder weniger veränderliche Natur der Gegenstände, welche die festzustellenden Tatsachen verkörpern. Sicherstellung gefährdeter Beweise ist vor allem dann zulässig, wenn diese Gegenstände Gefahr laufen, unterzugehen. Es ist aber nicht notwendig, daß die Sache gerade in ihrer Substanz verändert wird. Das Handelsgericht hat eine vorsorgliche Expertise als zulässig erachtet in einem Fall, da der zu untersuchende Stoff raschen Preisänderungen unterlag und es daher „dem Käufer, der bloße Preisminderung begehrt, nicht zugemutet werden dürfe, daß er mit dem Weiterverkauf warte, bis durch gerichtliches Urteil rechtskräftig entschieden worden sei" (Urteil vom 2. Oktober 1919).

Das Gesetz spricht sich darüber nicht aus, wann der Richter in einem konkreten Fall diese Gefährdung der Beweismittel anzunehmen hat. Weil jedoch ein strikter Beweis in vielen Fällen kaum geführt werden könnte und jedes längere Vorverfahren dem Zweck dieser sichernden Beweisführung widerspricht, muß es wohl genü-

[4]) Vgl. Streuli, p. 222.

gen, wenn die begehrende Partei diese Voraussetzungen glaubhaft macht[5]). Dieses Mindestmaß ist aber unbedingt erforderlich, denn der Zweck der vorsorglichen Beweisführung besteht nur darin, gefährdete Beweismittel für ihre Verwertung im Prozeß brauchbar zu machen und nicht die Partei zu informieren, ob ihr überhaupt ein bestimmter Anspruch zustehe oder nicht. Dagegen liegt die Aufklärung darüber, ob die Partei in einem eventuellen Rechtsstreit wird durchdringen können oder nicht mit in der vorsorglichen Beweisführung enthalten. Sie veranlaßt also unter Umständen die Partei, von einem nutzlosen Prozeß abzustehen. Von der allgemeinen Voraussetzung der Beweisgefährdung oder wenigstens Beweiserschwerung[6]) macht einzig Bern eine Ausnahme. Vom Parteiverhör abgesehen erlaubt das bernische Gesetz die vorsorgliche Beweisführung zu jeder Zeit über Tatsachen, welche die Partei in einem bereits hängigen oder zukünftigen Prozeß geltend zu machen im Falle ist (Art. 222). Diese Freiheit wird allerdings insofern beschränkt, als der Gegenpartei ein gewisses Einspruchsrecht zugesichert ist. Immerhin wird es in Bern möglich sein, lediglich zur Aufklärung über die Aussichten eines bereits eingeleiteten oder bevorstehenden Prozesses die vorsorgliche Beweisführung zu veranlassen[7]).

Die Sicherstellung gefährdeter Beweise ist kein vollständiges, abgeschlossenes Beweisverfahren. Ihr Zweck ist erreicht, wenn der Richter vom betreffenden Beweismittel Kenntnis genommen hat. Die Frage, ob das Beweismittel erheblich oder nicht, kann der Natur der Sache nach sehr oft nicht festgestellt werden und wird deshalb höchstens summarisch geprüft[8]). So bestimmt ausdrücklich Zürich Art. 312,2: „dagegen sind alle Verhandlungen über Erheblichkeit und Beweiskraft der Beweismittel auf den Zeitpunkt zu verschieben, wo diese im Prozeß wirklich geltend gemacht werden"[9]). Selbstverständlich wird aber der Richter eine vorsorgliche Beweisführung nicht veranstalten, wenn offenbar die Geltendmachung der zu beweisenden Tatsache in einem hängigen oder zukünftigen Prozeß ausgeschlossen ist oder dem Petenten offensichtlich ein rechtliches Interesse an der Feststellung nicht zugestanden werden kann. In diesem Rahmen wird man auch der Gegenpartei gestatten müssen, den Richter auf die Unzulässigkeit des Begehrens um Sicherstellung gefährdeter Beweise aufmerksam zu machen, trotzdem aus dem Gesetz zu entnehmen ist,

---

[5]) Vgl. Luzern, Art. 222,2: „Das Vorhandensein von Gefahr ist glaubhaft zu machen." Ebenso Streuli zu Zürich, Art. 311, Note 4.
[6]) Vgl. Zürich, Art. 311, Luzern 221, Schwyz, Art. 375, Zug E 204, Appenzell A.-Rh. 84, Wallis 263, Neuenburg 311, Genf 179, Thurgau E 197.
[7]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 222, Note 2.
[8]) So Urteil der Rekurskommission, 17. Dezember 1904.
[9]) Ebenso Luzern 227, Bern 227, Schwyz 378, 2, Wallis 265, 2.

daß der Richter über ein solches Gesuch ohne Parteiverhandlung entscheidet[10]).

Der Zweck des außerordentlichen Beweises bedingt, daß die vorsorgliche Beweisführung in ihrem Resultat dem ordentlichen Beweis nicht nachsteht. Die Tatsachen sollen durch die vorsorgliche Beweisführung mit der gleichen Wirksamkeit festgestellt werden, wie das durch den gewöhnlichen Beweis geschieht. Eine Partei, welche sich auf vorsorgliche Beweisführung berufen kann, genügt deshalb ihrer Beweispflicht und „es kann ihr nicht mit Grund entgegengehalten werden, daß wegen Veränderung der betreffenden Objekte oder aus anderen Gründen der Beweis nicht mehr möglich ist". (Urteil d. H. G. 2. Oktober 1919). Andererseits darf der Partei kein rechtlicher Nachteil erwachsen, weil sie die vorsorgliche Beweisführung unterläßt. Denn solange als das ordentliche Beweisverfahren nicht abgeschlossen ist, kann sie immer noch ihrer Beweislast genügen. Die Rekurskommission hat dies wenigstens für vorsorglichen Augenschein und Sachverständigenbeweis festgehalten: „Die Unterlassung eines Begehrens um Vornahme einer vorsorglichen Expertise oder eines vorsorglichen Augenscheines zur Feststellung des Zustandes einer Sache benimmt dem Säumigen das Recht nicht, im Wege des ordentlichen Beweisverfahrens den Zustand der Sache im entscheidenden Augenblick darzutun". (Urteil vom 26. Febr. 1906.) Dies wird auch bei vorsorglicher Zeugeneinvernahme seine Geltung beanspruchen. Die grundsätzlich gleiche Wirksamkeit bei außerordentlichem und ordentlichem Beweis wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die vorsorgliche Beweisführung im gegebenen Fall die ordentliche nicht ausschließt, d. h. daß der Richter die Beweisaufnahme wiederholen kann. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber, wie sie etwa Bern in Art. 228 kennt: „Die vorsorgliche Beweisführung schließt die ordentliche nicht aus", und ähnlich Schwyz in Art. 378,2: „Dem Gericht steht alsdann frei, auf Verlangen einer Partei die nochmalige Aufnahme oder Ergänzung des Beweises anzuordnen"[11]), fehlt zwar im st. gallischen Gesetz. Die prinzipielle Zulassung erneuter Beweisaufnahme rechtfertigt sich jedoch nicht nur wegen der Vorteile unmittelbarer Beweisaufnahme, sondern auch aus der Ueberlegung, daß der Richter durch den Prozeß eine ganz andere Kenntnis des gesamten Streitverhältnisses erhält und seine Aufmerksamkeit nun auf die wirklich erheblichen Punkte konzentrieren kann. Deswegen wird die Wiederholung der vorsorglichen Beweisführung von der Praxis gestattet: „Die vorsorgliche Expertise schließt eine neue gerichtliche Expertise nicht aus,

[10]) Vgl. Bern 227: „Die Gegenpartei kann sich der Beweisführung nur widersetzen, wenn sie sofort nachweist, daß der Beweisführer kein rechtliches Interesse an der Beweisführung hat."
Zürich 312: „Der Richter entscheidet in der Regel ohne Vernehmung der Gegenpartei über die Zulässigkeit des Gesuches."

[11]) Ebenso Zürich 313, 3, Wallis 265, 2.

soweit eine solche überhaupt noch möglich ist". Diese Entscheidung des Handelsgerichtes (2. Oktober 1919) darf wohl auch auf die übrigen vorsorglichen Beweismaßnahmen ausgedehnt werden. Die vorsorgliche Beweisführung kann aber nicht allein durch den ordentlichen Beweis ergänzt werden. Im Sinne der freien Beweiswürdigung ist erneutes Begehren um vorsorglichen Beweis zulässig, wenn die bereits erfolgte vorsorgliche Beweiserhebung inhaltlich und sachlich nicht erschöpfend gehalten ist und entweder das Beweisthema oder die Beweisaufnahme nach den kollidierenden Interessenstandpunkten der Parteien einer Ergänzung bedürfen [12]).

Eingeleitet wird die vorsorgliche Beweisführung durch Parteiantrag. Sollen Zeugen vorsorglich einvernommen werden, hat die Partei ein schriftliches Begehren zu stellen, worin sie die Einvernahmspunkte genau bezeichnen muß (Art. 288). Bei vorsorglichem Augenschein und vorsorglicher Expertise spricht das Gesetz nur von einem Parteibegehren schlechthin. Es ist aber anzunehmen und geht zudem aus einer Entscheidung der Rekurskommission vom 24. Sept. 1921 hervor, daß der Richter auch hier und vor allem bei vorsorglicher Expertise von den Parteien ein schriftliches, bestimmt formuliertes Begehren verlangen kann. Für vorsorglichen Beweis durch Zeugen und Augenschein sieht das Gesetz vor, daß die Beweisführung erfolgen muß „unter Vorladung der Parteien und unter Zuzug des Gerichtsschreibers" (Art. 282/283). Durch einen Entscheid des Handelsgerichtes ist richtigerweise darauf hingewiesen worden, daß diese Gesetzesvorschrift entsprechende Anwendung auch bei der vorsorglichen Expertise finden muß, trotzdem das in Art. 284 nicht vorgesehen ist (Urteil vom 8. August 1924). Die Parteien sind demnach zur Instruktion der Experten beizuziehen, wie das beim ordentlichen Beweis durch Sachverständige geschieht. Nach der Praxis hat ferner der Gerichtsschreibers" (Art. 282/283). Durch einen Entscheid des Handelsgen zu sein, wenn es sich um Rechtsstreitigkeiten handelt, deren Hauptverfahren auf dem Wege der Untersuchungsmaxime durchgeführt wird, da hier immer nur der Instruktionsrichter allein funktioniert (Amtsbericht des Justizdepartementes 1909). Der Gerichtspräsident hat persönlich mitzuwirken. Das Gesetz gestattet eine Ausnahme nur für den Fall der rogatorischen Zeugenabhörung nach Art. 166. In etwas freierer Weise läßt die Praxis das Nichterscheinen auch dann zu, wenn Art, Bedeutung und Umfang der zu beweisenden Tatsachen an sich und durch die schriftlichen Eingaben der Parteien ausreichend umschrieben und klargestellt sind und die Parteien ihrerseits selbst auch auf ihr Erscheinen ausdrücklich verzichtet haben" [13]). Was speziell die vorsorgliche Expertise anbelangt, liegt die Aufgabe des Gerichtspräsidenten darin, „unzulässige Parteibegehren und Zudring-

[12]) So Urteil der Rekurskommission vom 30. Juli 1910.
[13]) Urteil der Rekurskommission vom 24. September 1921.

lichkeiten zurückzuweisen und im Rahmen des vorsorglichen Expertisebegehrens und der dabei in Frage stehenden beidseitigen rechtlichen Parteiinteressen den Experten über seine gesetzliche Aufgabe verbindlich zu umgrenzen. Durch die Mitwirkung des Präsidenten soll der Experte nicht etwa durch eine routinierte oder autoritäre Partei oder ihren Vertreter einseitig orientiert und beeinflußt werden, es sollen ihm nicht überflüssige, ungesetzliche Fragen aufgedrängt werden, deren Beantwortung nach dem Gesetz nicht in seine Aufgabe fällt"[14]). Was hier für die Expertise als richterliche Aufgabe erklärt wird, muß mutatis mutandis auch bei Zeugen Geltung beanspruchen, da hier eine ungehörige Beeinflussung durch die Parteien mindestens so nahe liegt wie bei den Sachverständigen.

Für das Verfahren im allgemeinen gibt der mehrmals erwähnte Entscheid der Rekurskommission vom 24. September 1921 die praktische Anleitung, daß bei den vorsorglichen Beweisaufnahmen in Rücksicht auf die lückenhaften Gesetzesbestimmungen je nach Bedürfnis und Zweck des Beweismittels die allgemeinen Vorschriften des Zivilprozesses betreffend die Beweisabnahme zur sachgemäßen und sinnentsprechenden Anwendung kommen sollen. Bereits im Jahre 1907 hat der Amtsbericht des Kantonsgerichtes (pag. 23) in diesem Sinne bestimmte Fragen erörtert. „Im Falle des Art. 284 ist nach dessen Bedeutung zu fordern, daß die Sachverständigen uninteressiert und unverwerflich seien und daher den Anforderungen des Art. 171 entsprechen, wenn auch das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht". Ebenso der Amtsbericht des Jahres 1909 (pag. 7): „Die Frage, ob in den Fällen der Sicherstellung gefährdeter Beweise die von einer Partei angemeldeten Beweismittel analog der für das ordentliche Verfahren geltenden Vorschrift des Art. 141,3 gemeinschaftliche seien, ist jedenfalls in dem Fall zu bejahen, wo eine Beweisaufnahme nach Art. 284 auf Vorladung und in Anwesenheit der Parteien tatsächlich erfolgt". Endlich hat sich die Rekurskommission in ihrem Entscheid v. 23. März 1913 auch mit der Frage befaßt, welche Fristen für die Beibringung vorsorglich angerufener Beweismittel gelten. Auch hier müssen wir die Lösung entsprechend auf Zeugen und Augenschein ausdehnen, da sich das Urteil nur mit der Expertise befaßt. „Da nirgends eine bestimmte Frist für eine vorsorgliche Expertise normiert ist, kann in dringenden Fällen gemäß Art. 81 („Die Fristen sind entweder vom Gesetz vorgeschrieben oder vom Richter angesetzt. Erstere dürfen außer in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen weder abgekürzt noch erstreckt, letztere in der Regel nicht unter 5 und nicht über 20 Tage angesetzt werden".) die Frist hiefür unter 5 Tage angesetzt werden. Die Verhältnisse der Parteien und der Sachverständigen müssen dabei entscheiden, doch immer so, daß dadurch den Interessen der beteiligten Parteien ausreichend Rücksicht getragen wird". Aus Mangel

[14]) Urteil der Rekurskommission vom 17. Dezember 1904.

an besonderen Bestimmungen gelten auch für die Kosten die allgemeinen Regeln. Jene Partei, die durch ihre Beweisanträge Barauslagen veranlaßt, muß diese Auslagen vorschießen. Wird dieser Pflicht innert der angesetzten Frist nicht Folge geleistet, so unterbleibt zum Nachteil der säumigen Partei die Beweisführung (Art. 93). In origineller Weise verlangt Bern (226), daß der Beweisführer die Kosten des vorsorglichen Verfahrens auf richterliches Geheiß hin der Gegenpartei vorzuschießen hat, in der Meinung, daß beim endgültigen Sieg des Beweisführers dieser Vorschuß zurückzuerstatten ist, bei dessen Unterliegen oder bei Unerheblichkeit oder Nichtgebrauch der vorsorglichen Beweisaufnahme der Vorschuß dem Gegner verbleibt. Ueber die endgültige Kostentragung wird also gegebenenfalls erst im Hauptprozeß entschieden, was wohl auch für das st. gallische Recht zutreffen wird.

Die auf vorsorgliche Beweisführung erkennende richterliche Verfügung erwächst sofort in Rechtskraft (Art. 286). Es gibt kein Rechtsmittel gegen diese Verfügung. Auch für die Anfechtung, welche sich darauf stützt, daß bei der vorsorglichen Beweiserhebung Fehler vorgekommen seien, besteht ähnlich wie beim Beweisbeschluß kein eigenes Verfahren. „Diese Anfechtung kann gemacht werden im Hauptverfahren, wo die Parteien noch alle ihre Einwendungen bezüglich Schlüssigkeit und Relevanz der vorsorglichen Beweiserhebung machen können“[15]). Wohl aber ist gegen einen ablehnenden Entscheid das Rechtsmittel der Beschwerde an die Rekurskommission zulässig (Art. 286,2).

Die Frage, welche Gerichtsstelle für die vorsorgliche Beweisführung zuständig ist, läßt sich für den Fall, daß der Rechtsstreit bereits anhängig gemacht worden, leicht lösen. Es wird eben das mit dem Prozeß beschäftigte Gericht, resp. dessen Präsident sein. Das ist zum Ueberfluß nicht nur durch die Praxis ausdrücklich anerkannt[16]), sondern ergibt sich auch aus Art. 285: „Ist eine vorsorgliche Beweiserhebung in einer Streitsache notwendig, welche vor der zweiten Instanz anhängig ist, so soll, wenn keine Gefahr im Verzuge liegt, das bezügliche Gesuch an den zweitinstanzlichen Gerichtspräsidenten gerichtet und von diesem erledigt werden“. Soll jedoch der Beweis vor einem Prozeßverfahren erhoben werden, so läßt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz herauslesen, wer zuständig ist. Die Art. 284 und 282 reden in Bezug auf vorsorglichen Zeugen- und Expertenbeweis einfach von dem „zuständigen Gerichtspräsidenten“. Nach Auslegung der Praxis ist zuständig der Gerichtspräsident desjenigen Gerichtes, das sich mit der Hauptsache befassen muß, also nicht der Gerichtspräsident des Wohnortes des Zeugen- bezw. der Lage des Augenscheins- oder Expertiseobjektes[16]). Für die vorsorgliche Augen-

[15]) Vgl. Urteil des Handelsgerichtes vom 2. Oktober 1919.
[16]) Amtsbericht des Kantonsgerichtes, 1906, p. 8.

scheinseinnahme ergibt sich dabei die Abweichung, daß es stets der Bezirksgerichtspräsident sein muß, ohne Zweifel im Sinne des bernischen Rechtes (223) desjenigen Bezirkes, wo die örtliche Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist. Der gesetzgeberischen Tendenz, einen gefährdeten Beweis möglichst rasch sicherzustellen, geben einige Gesetze in sehr zweckentsprechender Art Ausdruck. So bestimmt Luzern in Art. 222,1, daß das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung bei demjenigen Gerichtspräsidenten eingebracht werden soll, „welcher den Beweis am schnellsten erheben kann". Aehnliche Vorschriften enthalten Zürich Art. 15, Neuenburg Art. 312: «Le président du tribunal devant lequel il peut être procédé le plus rapidement et à moins de frais». Schwyz Art. 376 nur für den Fall, wo auch bei der Sicherstellung gefährdeter Beweise Gefahr im Verzuge liegt, sonst ist hier auch der örtlich zuständige Bezirksgerichtspräsident kompetent. Wir haben soeben gesehen, daß auch Art. 285 des st. gallischen Gesetzes von dieser Gefahr im Verzuge spricht und dafür eine Ausnahme machen will. Nur nennt er mangelhafterweise nicht, wer alsdann an die Stelle des zweitinstanzlichen Gerichtspräsidenten treten soll. Als Ergänzung dieser Lücke empfiehlt sich aber zweifellos die Lösung des schwyzerischen Gesetzes. Wenn schon nicht der ordnungsgemäße Richter den Beweis abnehmen kann, dann soll es jener Richter tun, der dies am beförderlichsten zu tun vermag.

III. Kapitel.

§ 11. Der Schutz der beweisrechtlichen Vorschriften.

Das Beweisrecht stellt für den gerichtlichen Beweis in formeller und materieller Hinsicht bestimmte Regeln auf. Was im typischen Fall für das Beweisverfahren als zweckmäßig sich erweist, soll von Gesetzes wegen angewendet werden. Damit ist die Möglichkeit einer Verletzung oder Mißachtung dieser Regeln gegeben und zwar von Seite aller am Beweise Beteiligten. Die Gefahr ist umso größer, je größer der Anteil am Beweise ist. Darnach trägt das Gericht die höchste Verantwortung; denn seine Tätigkeit gibt in der Tatsachenfeststellung nicht nur den maßgebenden rechtlichen Ausschlag, ihm ist überhaupt die Sorge für die allseitige Beobachtung der Beweisnormen anvertraut. Die Parteien verletzen ihrerseits das Beweisrecht, wenn ihre auf den Beweis gerichteten Handlungen in Inhalt oder Form den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen. Endlich kann das Beweisrecht auch unter Verstößen Dritter leiden, wenn z. B. der Zeuge ungerechterweise die Aussage verweigert. Die Beweisnormen sind Rechtsnormen; ihre Verletzung oder Mißachtung bedeutet daher einen Rechtsbruch und führt unbedingt zu einer Reaktion. Doch wird nicht jede Verletzung gleich geahndet, die Größe der Reaktion hängt ab von der Wichtigkeit der verletzten Norm. Neben bloßen Ordnungsvorschriften kennt das Beweisrecht eigentliche Gültigkeitsvorschriften, welchen unbedingt Folge geleistet werden muß, sollen die betreffenden Beweishandlungen oder -Verfügungen für das Beweisverfahren überhaupt von Bedeutung sein. Werden von Parteien oder Dritten Fehler gemacht, dann hat das Gericht die vom Gesetz vorgesehenen Sanktionen einzuleiten; gegenüber richterlichen Unregelmäßigkeiten hat die Partei die Befugnis, die Rechtsmittel anzurufen. Die obere Instanz prüft dann und korrigiert eventuell das gerügte Beweisverfahren.

Was speziell die Verletzung des Beweisrechtes durch die Parteien anbelangt, so ist bereits bei Erörterung des ordentlichen Beweisverfahrens auf die Folgen unkorrekter oder verspäteter Beweisanträge hingewiesen worden. Die Botschaft des Regierungsrates[1]) ermahnt die Gerichte, gegen allfällige Mißbräuche mit den gebotenen Disziplinarstrafmitteln rücksichtslos einzuschreiten. Für vorschriftswidrige Veranlassung von Kommissionaluntersuchungen, Augenscheinen und Expertisen sieht das Gesetz neben der Kostentragung durch die veranlassende Partei Ordnungsbußen vor (Art. 122 d). Für den Augenschein liegt eine gewisse Inkonsequenz darin, daß nach Art. 167,2 dem Begehren einer Partei um Vornahme eines Augenscheines immer entsprochen werden muß, wenn dasselbe vor der Vorladung

[1]) Vgl. Amtsblatt 1894, p. 172.

zur gerichtlichen Hauptverhandlung gestellt wird. Denn erweist sich dieser Augenschein als überflüssig, dann treffen die Partei die erwähnten Nachteile. Nun kann aber eine Partei im guten Glauben, der Prozeßökonomie zu dienen, einen vorgängigen Augenschein verlangen. Da wäre es doch rationeller, wenn das Gericht einem solchen Parteibegehren nach freiem Ermessen entsprechen dürfte oder nicht. Die Einsicht der gegenseitigen Akten wird es ihm wohl ermöglichen, über die Notwendigkeit des Augenscheines schlüssig zu werden. Ist nach dieser freien richterlichen Ansicht der Augenschein entbehrlich, dann würde das Gericht sich selbst unnötige Zeitverschwendung und der Partei unnötige Kosten und Aerger ersparen. Zur Wahrung der gesetzlichen Ordnung kann das Gericht auch gegen unbotmäßige Drittpersonen vorgehen. Doch ist es hier nicht nur auf indirekte Zwangsmittel wie Androhung von Strafen angewiesen, sondern kann eventuell eine Handlung direkt erzwingen, wie z. B. das Erscheinen des Zeugen vor Gericht. Es wird sich bei Behandlung der einzelnen Beweismittel die Gelegenheit ergeben, auf solche und ähnliche Bestimmungen hinzuweisen.

Handelt es sich in den genannten Fällen um bloße Ordnungsvorschriften, so kann von einer Gültigkeit der Beweishandlung nicht die Rede sein, wenn die Parteien auf Täuschung berechnete Beweise vorbringen, wie das bei Urkundenfälschung, Zeugen- und Expertenbestechung und Meineid geschieht. Solche Machinationen bringen die Parteien regelmäßig auch mit dem Strafrecht in Konflikt, selbstverständlich werden auch die beteiligten Drittpersonen, die bestochenen Zeugen und Experten, verantwortlich. Gelangen solche Fälle erst nachträglich zur Kenntnis, dann kann Revision des Prozesses verlangt werden (318 c).

Bei richterlicher Verletzung der Beweisnormen ist es den Parteien nicht möglich, sofort gegen einen solchen Verstoß einzuschreiten. Sie können das nur mit dem Weiterzug des Endurteils tun. Die notwendige Konzentration des Verfahrens erheischt diese Einschränkung. Es mag unter Umständen der Partei nachteilig sein, wenn sie erst das Urteil abwarten muß, um die ihm vorausgegangene Fehlentscheidung rügen zu können. Aber dieser mögliche Nachteil ist doch bedeutend geringer einzuschätzen als die arge Prozeßverschleppung, welche aus dem Weiterzug jeder Beweisverfügung resultieren müßte. Solche Prozeßverschleppung wäre unheilbar, während die fehlerhafte Beweisverfügung im Regelfall auch nach dem Urteil durch die obere Instanz gutgemacht werden kann. Die einzige Ausnahme besteht für das Eidesdekret in appellabeln Fällen, worauf bereits hingewiesen worden ist. Im übrigen geschieht die Prüfung und allfällige Korrektur gerügter Beweisverfügungen durch Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde, Revision und Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Die Appellation ermöglicht in ihrer umfassenden Funktion eine vollständige Neuauflage des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 306 ff).

Der gesamte Beweisapparat kann neuerdings in Tätigkeit gesetzt und innerhalb zerstörlicher Frist neuer Beweis erbracht werden. Glaubt die Partei, daß vor erster Instanz Fehler vorgekommen sind, dann bietet das Appellationsverfahren genügend Gelegenheit, diese Verstöße gegen das Beweisrecht aufzudecken und gutzumachen. Die Kassationsinstanz dagegen ist auf die Prüfung bestimmter Beweisrechtsverletzungen beschränkt. Nach Art. 314 wird die Nichtigkeit ausgesprochen, „wenn durch das angefochtene Urteil oder durch das demselben vorausgegangene richterliche Verfahren eine Verletzung oder Umgehung solcher kantonaler oder eidgenössischer Gesetze, welche auf die Beurteilung der Streitsache von wesentlichem Einfluß sind, stattgefunden hat". Die formelle Voraussetzung der Zugehörigkeit zu kantonalem oder eidgenössischem Recht ist für die Beweisnormen gegeben. Nun wird aber materiell verlangt, daß die Beobachtung der beweisrechtlichen Vorschriften für die Beurteilung der Streitsache von wesentlichem Einfluß sein müsse. Das ist näher zu untersuchen. Das Urteil muß sich innerhalb der Schranken des Parteibegehrens auf eine sichere und vollständige Grundlage stützen. Darum sind für die Beurteilung alle jene Momente wesentlich und zu berücksichtigen, welche diese Urteilsgrundlage garantieren. Dahin gehört, daß nicht nur den Parteien Gelegenheit geboten wird, ihre erheblichen Beweise anzutragen, sondern auch, daß diese Beweise abgenommen werden. Denn sie beziehen sich auf die Feststellung der für die Urteilsgrundlage notwendigen Tatsachen. Aus demselben Grunde müssen die Beweise nach objektiven Grundsätzen gewürdigt und unter Berücksichtigung der Beweislastverteilung gewertet werden. Von dieser Tätigkeit hängt die Qualität des Urteils unmittelbar ab. Endlich darf der Richter zur Bildung seiner Ueberzeugung nur die vom Gesetz zugelassenen Beweismittel gebrauchen. Die Kassation ist demnach gerechtfertigt, wenn den Parteien verwehrt wird, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel in gesetzmäßiger Form vorzutragen, wenn auf erhebliches Beweisanerbieten nicht eingetreten wird oder unzulässige Beweismittel verwendet werden, wenn die Beweislast unrichtig verteilt wird und endlich, wenn die Beweiswürdigung den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht.

Besondere Beachtung verdient die Frage der Kassation, wenn es sich um solche beweisrechtliche Verfügungen handelt, die in das freie Ermessen des Gerichtes gestellt sind, also der richterlichen Prozeßleitung entspringen. In dieser Prozeßleitung liegt auch die Pflicht zu ihrer angemessenen Ausübung; denn „alle Rechte, welche das öffentliche Recht einem Beamten oder einer Behörde zuweist, werden denselben nur gegeben zur Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten"[2]). Der Richter kann durch Fragen die Parteien zu Ergänzungen und zu Aufklärungen veranlassen und in bestimmten Fällen von Amtes we-

[2]) Urteil des Kantonsgerichtes, 15. Dezember 1902.

gen Beweise herbeiziehen. Weil aber der Richter erst die Parteitätigkeit anregt, bevor er selbst nach den noch notwendigen Beweisen fahndet, kann die Unterlassung der amtlichen Herbeiziehung von Beweismittel wohl kaum zur Kassation führen[3]). Etwas anders liegt die Sache bei Fragerecht, resp. Fragepflicht. Hier kann die Unterlassung zweifellos zu einem ungerechten Urteil führen. Ist dieser schwere Schaden tatsächlich eingetreten, dann rechtfertigt sich auch die Kassation[4]). Was die Verwendung unzulässiger Beweismittel anbelangt, so muß selbstverständlich die Kassation ausgesprochen werden, sobald nachgewiesen wird, daß gefälschte Urkunden vorgelegt wurden, daß Zeugen oder Experten bestochen oder Meineide geschworen worden sind. Wie verhält sich aber die Kassationsinstanz, wenn der Richter einen der in Art. 159 als unzulässig bezeichneten Zeugen abgehört hat? Soweit es sich um Kinder unter 12 Jahren (159 Zif.3), um Beichtväter (Zif. 4) und um solche Personen handelt, die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßten (Zif. 5), ist dieser unzulässige Zeugenbeweis nicht ohne weiteres mit faktisch wertlosem zusammenzuwerfen. Das Kantonsgericht hat allerdings erklärt, daß in solchen Fällen der Richter kraft seiner freien Beweiswürdigung diese Verhältnisse mitberücksichtigen könne[5]). Es wird also die betreffende Aussage zu ignorieren haben. Nun aber kann gerade durch diesen unzulässigen Zeugen der wahre Sachverhalt aufgedeckt werden. Wenn der Richter unter psychischem Zwang diese Zeugenaussage mitbewertet, soll dann die obere Instanz der Kassation Folge leisten oder soll nicht vielmehr das gesetzte Recht der Gerechtigkeit, der Rechtsidee überhaupt weichen und das teilweise auf vorschriftswidriger Grundlage beruhende Urteil in Kraft bleiben, weil das Gegenteil mit dem allgemeinen Rechtsempfinden schlechtweg unverträglich wäre und sicher auch dem Sinn und Geist des Zivilprozesses widerspräche?[6]) Man wird dieser Lösung die Gefolgschaft nicht verweigern können; denn wenn dieser unzulässige Zeuge freiwillig und der Wahrheit gemäß aussagt, dann wird der Tendenz der gesetzlichen Bestimmung nicht entgegengetreten. Sie will offenbar nur den Zeugen vor Gewissenskonflikten und den Prozeß vor falschen Zeugnissen bewahren.

Ist das Urteil rechtskräftig geworden, dann sind Nichtigkeitsklage und Appellation ausgeschlossen. Aber selbst jetzt noch kann wegen grober Beweisrechtsverstöße das Urteil rückgängig gemacht werden. Die Fälle wurden bereits genannt. Die Partei kann nach Art. 318 c die Revision verlangen, wenn im Wege des Strafprozesses erwiesen oder in hohem Grade wahrscheinlich gemacht worden, daß das Urteil

[3]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 360, Note 5.
[4]) Vgl. Hellwig, p. 416.
[5]) Urteil des Kantonsgerichtes, 29. November 1921.
[6]) Vgl. Sauer, p. 52.

des Gerichts durch eine strafbare Handlung zum Nachteil des Gesuchstellers beeinflußt worden ist. Zu diesen strafbaren Handlungen gehören Urkundenfälschung, falsches Zeugnis, falsche Expertise und Meineid. Die Revision ist auch statthaft, wenn im Strafprozeß kein Schuldurteil ergangen ist. Es genügt, wenn objektiv erwiesen oder wahrscheinlich gemacht ist, daß eine solche strafbare Handlung vorgekommen ist[7]).

Als letzter Rechtsbehelf ist die Beschwerde anzuführen. Als Rekursbeschwerde (Art. 335) ist sie zulässig gegen einen ablehnenden Entscheid des Gesuches um vorsorgliche Beweiserhebung (v. Art. 286), in der Gestalt der Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 336) kann sie ausnahmsweise gegen einen Beweisbeschluß geltend gemacht werden[8]). Die besondere Bedeutung der letzten Beschwerde liegt darin, daß durch sie der Richter persönlich zur Verantwortung gezogen wird, wenn er schuldhafterweise das Beweisrecht verletzte.

Aus dem Gesagten ist zu entnehmen, daß das Gesetz mannigfache Sanktionen aufgestellt hat für die Integrität der Beweisnormen. Wenn diese Sanktion auch in der rechtlichen Natur der Beweisnormen begründet liegt, so können wir auch hier als leitendes und treibendes Motiv die Zweckmäßigkeit erkennen. Denn die Beweisnormen sind ihrerseits nur goldene Regeln der Erfahrung. Ihre Anwendung führt regelmäßig am schnellsten und sichersten zur Feststellung der bestrittenen Tatsachen. In diesem ihrem Zwecke liegt es, daß sie voll und ganz zur Anwendung gelangen müssen.

[7]) Vgl. Scherrer-Füllemann, Kom. zu Art. 318, Note 3.
[8]) Vgl. unten § 8.

III. Abschnitt.

Die Beweismittel.

1. Kapitel. Der Beweis durch Urkunden.

§ 12. Die Mittel des Urkundenbeweises.

Nach dem st. gallischen Zivilprozeß kann der Urkundenbeweis geführt werden mit öffentlichen Urkunden (Art. 143), mit privaten Urkunden (Art. 144), mit Denkmälern (Art. 150) und Büchern (Art. 151).

In erster Linie mag der Urkundenbegriff kurz erörtert werden. Urkunde im weitesten Sinn „ist jeder Gegenstand, der dazu dient, Kunde von einem bestimmten Gedanken zu geben und ihn zu überliefern“[1]). Als notwendige Bestandteile umfaßt die Urkunde eine körperliche Unterlage, sowie irgend ein Mittel, durch welches der Gedanke auf jener festgehalten wird. Nicht ist erforderlich, daß die Mitteilung durch eine bestimmte Form, wie etwa Schriftzeichen, geschehe. Jedoch praktisch verwertbar ist eine solche „Verkörperung eines Gedankens“[2]) nur, wenn aus den benützten Zeichen ein sicherer Schluß gezogen werden kann. Diese müssen so beschaffen sein, daß der Gedanke objektiv bestimmbar wird[3]). Die Tatsache, daß die benützten Zeichen nur gewissen Kreisen verständlich sein können, ändert an dieser Objektivität nichts. Wegen ihrer Allgemeinverständlichkeit werden regelmäßig Schriftzeichen verwendet. Dies führt uns auf den Begriff der Schrifturkunde, das heißt jener Urkunde, welche den Gedanken durch vereinbarte Lautzeichen zum Ausdruck bringt. Die Schrifturkunde spielt denn auch im Zivilprozeß die überragende Rolle. Viele Gesetze beschränken den Urkundenbeweis ausdrücklich darauf[4]).

Die objektive Bestimmbarkeit des verkörperten Gedankens genügt noch nicht für die Verwertung der Urkunde als Beweismittel, wohl sogar für den Begriff der Urkunde im juristischen Sinn überhaupt. Ein Stein, der die sinnvolle Aufschrift trägt «Nasci, pati, mori»[5]) mag unserer obigen Definition genügen, für den prozessualen Beweis ist damit nichts anzufangen. Was dem Beweismittel eigen ist, muß zur Urkunde hinzukommen. Sie muß sich wie jenes auf eine rechtserhebliche Tatsache beziehen, einen juristisch relevanten Gedanken ver-

[1]) Hellwig, p. 691.
[2]) Gaupp-Stein, p. 882.
[3]) Liszt, Strafrecht, p. 548/549, redet von „wortvertretenden Zeichen“.
[4]) Für die deutsche Gesetzgebung, vgl. Hellwig, p. 691, Schmidt p. 487, für Zürich, Streuli, p. 163.
[5]) Vgl. Heusler, Grundlagen, p. 280.

körpern. Aus diesem Grunde wohl definiert Heusler[6]) die Urkunde als „diejenige Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche entweder den Rechtsakt selbst oder ein darüber abgelegtes Geständnis oder ein darauf zielendes Indiz zu unmittelbarem Ausdruck in schriftlicher oder bildlicher Ueberlieferung bringt". Man hat diese Eigenschaft der Urkunde gelegentlich dahin umschrieben, daß sie beweisfähig sein müsse[7]). Das ist nicht genau dasselbe wie ihre Beziehung auf einen rechtserheblichen Tatbestand. Ja, insofern diese Beziehung für die Beweisfähigkeit eines Gegenstandes schlechthin notwendig ist — denn bewiesen werden können zivilprozessual nur erhebliche Tatsachen —; nein jedoch, insofern die Beweisfähigkeit im konkreten Fall von noch ganz anderen Umständen abhängig ist. Beweisfähigkeit will doch vor allem bedeuten die Kraft, effektiv auf die richterliche Ueberzeugung einzuwirken. Diese Kraft kann aber gleich Null werden aus Umständen, die der Urkunde rein zufällig anhaften, wie Durchstreichungen, Einschaltungen usw. (vergl. Art. 145). Damit verliert die Urkunde allerdings ihre Beweiskraft, ändert aber nicht ihr Wesen.

Die Urkunde ist scharf zu trennen vom Augenscheinsobjekt. Dies hat seine besondere Bedeutung, weil die beiden Gegenstände sehr nahe Beziehungen aufweisen. Man kann die Urkunde als ein „qualifiziertes Augenscheinsobjekt" bezeichnen[8]). Die Unterscheidung liegt lediglich in der Beweisfunktion: das Augenscheinsobjekt beweist nur kraft seiner Existenz, die Urkunde aber darüber hinaus mit ihrem gedanklichen Inhalt. Die richterliche Wahrnehmung ist wohl bei beiden tätig, sie beschränkt sich aber beim Augenschein auf das Objekt an sich, während bei der Urkunde auch der Inhalt untersucht werden muß. Auch dann, wenn die Urkunde als sogenannte Augenscheinsurkunde[9]) den Rechtsakt selbst darstellt, ist neben der körperlichen Unterlage und dem an ihr haftenden Zeichen eben der durch dieses Zeichen vermittelte Gedanke mit von ausschlaggebender Bedeutung. Darum ist bei der Augenscheinsurkunde ein Gegenbeweis gegen das der Urkunde zu Grunde liegende Geschäft möglich[10]). Bildet aber das Augenscheinsobjekt seinerseits den Streitgegenstand, zum Beispiel, ob ein Pferd ein Grauschimmel oder ein Rotschimmel sei[11]), dann wird durch die richterliche Wahrnehmung die bestrittene Tatsache unwiderleglich festgestellt. Die Unterscheidung, daß die Urkunde nur vergangene, das Augenscheinsobjekt dagegen in der Gegenwart fortdauernde Tatsachen vermittle, sowie die darauf gestützte Folgerung, daß die Urkunde zum Augenscheinsobjekt werde, sobald sie

[6]) Grundlagen, p. 281.
[7]) So Schurter, p. 155.
[8]) Hellwig, p. 189.
[9]) Vgl. Planck, p. 226, I.
[10]) Planck, II., p. 230.
[11]) Vgl. Wach, Vorträge, p. 153.

über eine noch existierende Tatsache berichtet[12]), scheinen deshalb nicht richtig zu sein. Nicht der Beweisgegenstand, sondern die Beweisfunktion trennt Augenscheinsobjekt und Urkunde. Die Urkunde kann allerdings zum Augenscheinsobjekt werden, wenn sie nurmehr ihrer äußeren Form nach, nicht mehr ihrem Inhalte nach von beweisrechtlichem Interesse ist. Als typisches Beispiel dient der Echtheitsbeweis bei Urkunden durch Schriftvergleichung. Hier sind nur die Schriftzüge auf der Urkunde von Bedeutung.

Die Unterscheidung zwischen Augenscheinsobjekt und Urkunde ist demnach eindeutig gegeben. Die Gesetze jedoch werfen oft die Begriffe untereinander. So wurde bereits darauf hingewiesen, daß das st. gallische Gesetz in Art. 150 zum Urkundenbeweis auch den Beweis mit sog. Denkmälern, wie Marksteinen, Grenzzeichen, Plänen, Stammbäumen, Grabmälern usw. rechnet[13]). Alle diese Gegenstände haben aber nur dann Urkundencharakter, wenn sie einen juristisch relevanten Gedanken verkörpern und nicht nur durch ihre formale Existenz Tatsachen feststellen. Ein objektiv bestimmbarer Gedanke wird aber nur durch verständliche Zeichen übermittelt. Deswegen sind die genannten Sachen nur aber auch immer dann Urkunden, wenn sie wirklich solche Zeichen tragen. Allzu willkürlich ist ferner die gesetzliche Beschränkung der Urkunde auf transportierbare Gegenstände, wie das z. B. in Zürich (163) geschieht. Der Gesetzgeber kann das natürlich tun. Logisch aber ist dieser rein auf äußerliche Gesichtspunkte abgestimmte Urkundenbegriff nicht zu halten. Die Urkunde bleibt Urkunde, auch wenn sie nicht transportfähig ist und deswegen an Ort und Stelle eingesehen werden muß. Ebensowenig ändert das Augenscheinsobjekt sein Wesen, wenn es dem Gericht im Gerichtssaal vorgelegt wird. Praktische Bedeutung erlangt diese Unterscheidung dort, wo die Vorlegungspflicht bei Urkunde und Augenscheinsobjekt anders geregelt ist (vergl. Bern Art. 245/247 im Gegensatz zu 263).

Die Urkunden unterscheiden wir ihrer Form nach in öffentliche und private Urkunden. Das Gesetz bezeichnet in Art. 143 jene Urkunde als öffentlich, die „von öffentlichen Behörden, Amts- oder Dienststellen in Gemäßheit ihrer Amts- oder Dienstbefugnisse und unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten" ausgestellt sind. Diese Definition entspricht, wenn nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinne nach der allgemein anerkannten Begriffsbestimmung[14]). Die öffentliche Urkunde charakterisiert sich vor allem durch ihren Aussteller und durch ihre Form. Aussteller kann nur eine vom Staate für die bestimmte Art der öffentlichen Verurkundung als kompetent erklärte

[12]) So Schurter, p. 156.
[13]) Ebenso Schwyz 216, Zug E 216.
[14]) Vgl. Gmür, Kom. p. 95. Blumenstein in der Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht, Bd. 2, p. 524.

Person sein. Diesem Erfordernis entsprechen neben den vom Bund oder den Kantonen hiefür bezeichneten Funktionären auch ausländische Behörden und Beamte; denn der Begriff der kompetenten Stelle ist allgemein und über räumliche Grenzen erhaben. Damit steht keineswegs im Widerspruch, daß bei ausländischen Urkunden der Nachweis ihrer Oeffentlichkeit verlangt wird[15]). Dies entspringt rein praktischen Bedürfnissen und wird seine Geltung beanspruchen, auch wenn wie in St. Gallen das Gesetz keine Regelung vorsieht. Eine spezielle Vereinbarung besteht diesbezüglich mit dem deutschen Reich (vom 14. Febr. 1907), wonach die von deutschen Gerichten und gewissen Verwaltungsbehörden ausgestellten und beglaubigten Urkunden keiner Legalisation bedürfen[16]). In den drei Konsularverträgen mit Portugal (27. August 1863), Italien (22. Juli 1868) und Rumänien (14. Febr. 1886)[16]) wird bestimmt, daß die von Konsularagenten im Kreise ihrer Zuständigkeit ausgestellten Urkunden gleiche Kraft und Bedeutung haben sollen, wie wenn sie von inländischen öffentlichen Beamten ausgegangen wären. Als notwendige Folge der den Konsuln völkerrechtlich zugestandenen nichtstreitigen Gerichtsbarkeit wird diese Regelung auch gegenüber den anderen Staaten zutreffen[16]). Wie die Person des Ausstellers muß auch Form und Verfahren der öffentlichen Verurkundung den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Was speziell das st. gallische Recht anbelangt, regeln im Anschluß an Art. 55 Schl. Z. G. B. die Artikel 36 ff des Einführungsgesetzes Zuständigkeit und Verfahren der öffentlichen Beurkundung. Zu den öffentlichen Urkunden müssen wir auch die öffentlichen Register und, soweit sie Urkundencharakter tragen, auch die in Art. 150 erwähnten öffentlich errichteten Denkmäler zählen.

Eine Privaturkunde ist überall dort vorhanden, wo die Verkörperung eines juristisch relevanten Gedankens nicht die qualifizierenden Eigenschaften der öffentlichen Urkunde aufweist. Wenn die Merkmale der öffentlichen Urkunde mangeln, dann muß notgedrungen eine Privaturkunde vorliegen, wobei allerdings dahin gestellt bleiben mag, ob damit nicht das zu verurkundende Rechtsverhältnis hinfällig und die Urkunde beweisrechtlich bedeutungslos werde. Der in Art. 151 erwähnte Bücherbeweis gehört ebenfalls zum Beweise durch Privaturkunden. Als eine Art Mittelding zwischen öffentlicher und privater Urkunde können wir betrachten die Urkunde mit öffentlicht beglaubigter Unterschrift. Bei dieser genießt selbstverständlich nicht die Gesamtheit des Urkundeninhaltes die Vorteile des öffentlichen Glaubens, sondern nur die Tatsache, daß die Unterschrift am bestimmten Tage und von der bestimmten Person vor dem Urkundsorgan vollzogen wurde[17]).

---

[15]) Vgl. Bern, Art. 234, Wallis 190.
[16]) Vgl. Schurter-Fritzsche, p. 626.
[17]) Vgl. Gmür, Kom. p. 95/6.

Ihrem Inhalte nach enthält die Urkunde entweder eine Willenserklärung oder nur einen Bericht über tatsächliche oder rechtliche Vorgänge. Demnach scheiden sich die Urkunden in Dispositiv- und Zeugnisurkunden. Die Dispositivurkunde gibt der Willenserklärung erst ihre materiellrechtliche Wirksamkeit. Diese nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten getroffene Unterscheidung hat für den Prozeß die tatsächliche Bedeutung, daß die Dispositivurkunde zumeist den erheblichen Tatbestand enthält. Prozeß- und vor allem beweisrechtlich relevant ist aber einzig die Untersuchung, ob die Urkunde das Beweisthema selbst oder nur ein Indiz für dasselbe darstellt[18]).

Die Urkunden können endlich im Original oder in Abschriften vorliegen. Die faktische Unmöglichkeit, jederzeit die Originale beizubringen, zwingt den Gesetzgeber auch Kopien und Auszüge anzuerkennen[19]). Das st. gallische Gesetz kennt in dieser Beziehung keine Bestimmung. Es überläßt also diese Fragen dem freien richterlichen Ermessen. Ohne Zweifel wird dieses die tatsächlichen Verhältnisse respektieren und überall dort sich mit Abschriften und Auszügen begnügen, wo hinreichende Gründe das zu rechtfertigen vermögen. Die beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden, vor allem die Auszüge aus öffentlichen Registern, haben ihrerseits öffentlichen Charakter. Aber auch Abschriften von Privaturkunden können als mit dem Original übereinstimmend öffentlich beglaubigt werden. Selbstverständlich wird dadurch nur die Uebereinstimmung von Original und Abschrift sichergestellt, nicht aber die Privaturkunde in den Rang einer öffentlichen emporgehoben.

§ 13. Das Verfahren beim Urkundenbeweis.

Der Beweis durch Urkunden vollzieht sich dadurch, daß der Richter Einsicht in die Urkunden nimmt. Diese müssen ihm vorgelegt werden. Je nachdem nun die Parteien die Urkunden innehaben oder Drittpersonen über sie verfügen, gestaltet sich das Verfahren verschieden. Soweit die Parteien selbst im Besitze der Urkunden sind, auf welche sie sich berufen, haben sie dieselben nach Art. 190 ff bereits im Vorverfahren bei der Gerichtskanzlei zur Einsicht des Gegners und allfälliger Streitbeteiligter niederzulegen. Modifiziert wird diese Vorlegungspflicht insofern, als zwischen den Rechtsanwälten der prozeßführenden Parteien der direkte Austausch der Urkunden von Hand zu Hand gestattet ist (Art. 191). Ergeben sich bei diesem Aktenwechsel Anstände und Unregelmäßigkeiten, so trifft der Gerichtspräsident auf erfolgte Beschwerde hin die erforderlichen Maßnahmen. Die ratio für die gesetzliche Pflicht der Urkundenvorlegung haben wir bereits bei der allgemeinen Erörterung über das Beweisverfahren betrachtet.

[18]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 168.
[19]) Vgl. z. B. Zürich 234, Bern 233, Luzern 138.

Das Prozeßrechtsverhältnis, welches nach rascher Auflösung hinstrebt, verlangt die möglichst frühzeitige Bekanntgabe aller verfügbaren Beweismittel. Die Bestimmung über die Vorlegung der Urkunden ist deshalb keine dem st. gallischen Gesetz eigentümliche, wir finden sie auch in den übrigen Zivilprozeßordnungen[1]). Die Partei, welche ihre Urkunden nicht sofort vorlegt, wird jedoch damit nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Wenn sie in ihrer Prozeßeingabe auf diese Urkunden Bezug genommen hat, wird ihr der Richter für die Vorlegung eine Frist setzen können. Denn es ist möglich, daß die Parteien die Urkunden zwar angezeigt haben, sie aber aus irgend welchen Gründen nicht sofort vorlegen können. Für diesen Fall bedarf es keiner speziellen gesetzlichen Regelung[2]); es liegt in der Prozeßleitungsbefugnis des Richters, hier vernünftige Maßnahmen zu treffen und analog Art. 196 die Vorlegungsfrist solange zu erstrecken, als eine verspätete Vorlegung genügend entschuldigt werden kann.

Beruft sich die Partei auf Urkunden, über die ihr keine Verfügung zusteht, dann muß sie jedenfalls auch diese Urkunden in ihrer Rechtsschrift anführen. Diesem Erfordernis genügt aber jene Partei nicht, welche ganze Urkundensammlungen als Beweismittel anruft. Der Richter soll nicht erst aus dieser allgemeinen Angabe die erheblichen Urkunden heraussuchen müssen; das ist Sache der Parteien[3]). Es gibt aber Prozesse, wo naturgemäß ein größerer Komplex von Urkunden genannt werden muß wie beispielsweise bei Geschäftsbüchern und Protokollen, die dem Beweisführer unzugänglich sind. Die Pflicht der Urkundenangabe unterliegt der allgemeinen Regel über den Beweisantritt. Fehlen solche Angaben, dann kann nur im Rahmen des Art. 196 das Versäumte nachgeholt werden. Wenn sich die Urkunden nicht beim Beweisführer befinden, so sind zwei Fälle möglich: entweder besitzt die Gegenpartei diese Urkunden oder dann sind Drittpersonen ihre Träger. Wird nun von diesen Stellen eine Urkunde nicht freiwillig herausgegeben, so bedarf es eines speziellen sogenannten Editionsverfahrens. Die Pflicht, Urkunden an den Beweisführer herauszugeben, wird vom Prozeßrecht insoweit nicht berührt, als dem Beweisführer ein materiellrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Urkunden zukommt . Ob sich aber die Editionspflicht für den Prozeß über diesen materiellrechtlichen Rahmen erstrecken soll, steht im Be-

[1]) Vgl. Bern 158, Zürich 111, Luzern 99, Schwyz 314, App. A.-Rh. 82, Neuenburg 153, Wallis 145, 2, Zug E 183, Thurgau E 168.

[2]) Eine solche kennt z. B. Luzern in Art. 100: „Sind Urkunden, die im Aktenverzeichnis angeführt sind, nicht eingereicht, so fordert der Gerichtspräsident die Partei auf, sie binnen einer von ihm zu setzenden Frist einzureichen." Aehnlich Schwyz 316, Zug E 185.

[3]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 157. Dazu Wallis, Art. 210: „Handelt es sich um umfangreiche Urkunden oder Aktenstücke, so ist die Partei, welche sie vorlegt, gehalten, die Seiten, Klauseln oder die Stellen anzugeben, die sie anruft oder die auf den Rechtsstreit Bezug haben." Aehnlich Schwyz 314, Zug E 183, 1.

lieben des Prozeßgesetzgebers. Der st. gallische Zivilprozeß hat dies getan und die Editionspflicht zu einer ihrem Umfange nach allgemeinen Pflicht erklärt. Er steht auf dem Standpunkt, daß die Editionspflicht unmittelbar aus dem Prozeßrecht entspringt und sich als allgemeine Bürgerpflicht aus dem öffentlichen Recht ergibt. Die gleiche Stellungnahme treffen wir in zahlreichen Kantonen[4]). Im Gegensatz dazu steht neben der deutschen und österreichischen Gesetzgebung[5]) der Kanton Zürich, wo § 228 erklärt: „Die Pflicht, Urkunden vorzulegen, richtet sich nach den Bestimmungen des Privatrechts". Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Editionspflicht sicher eine prozessuale Pflicht; denn „sie hat nur Bedeutung und Beziehung im Hinblick auf die durch den Prozeß hervorgerufenen Verhältnisse"[6]) und geht nicht wie die privatrechtliche Vorlegung an den Berechtigten persönlich, sondern an das Gericht. Art. 153 erklärt in diesem Sinne, daß Drittpersonen angehalten werden können, die Urkunden „zu Gerichts Handen" herauszugeben. Gleicher Meinung ist auch die bundesrätliche Botschaft zum revidierten O. R.[7]), die Editionspflicht stehe mit dem Prozeßrecht in enger Beziehung, sodaß aus diesem Grunde Z. G. B. und O. R. das Institut stillschweigend dem kantonalen Recht überlassen dürfen. Vom rein teleologischen Standpunkt aus ist zu sagen, daß die Bejahung der allgemeinen Editionspflicht den Interessen der Rechtspflege entspricht, weil sie auf möglichste Klarstellung aller tatsächlichen Verhältnisse dringt. Nur darf dieses prozeßrechtliche Interesse nicht überspannt werden und in ungehöriger Weise die rechtlich geschützte Geheimsphäre an die Oeffentlichkeit zerren. Immer wieder zeigt sich der gleiche Gedanke: das zivilprozessuale Interesse darf sich nur soweit durchsetzen, als damit nicht höher stehenden Prinzipien zu nahe getreten wird. Wir werden im Folgenden sehen, daß in dieser Beziehung der st. gallische Prozeß wohl zu weit gegangen ist.

Für die Voraussetzungen der Editionspflicht ist irrelevant, ob sie sich gegen die gegnerische Partei oder Dritte richtet. Die formelle Voraussetzung besteht darin, daß nur editionspflichtig ist, wer die Urkunde besitzt, die materielle, daß die Urkunde zum Beweise einer bestrittenen und erheblichen Tatsache dient (Art. 152/153). Da die prozessuale Editionspflicht über den Rahmen der zivilrechtlichen hinausgeht, wendet sie sich schlechthin gegen jeden Inhaber der Urkunde (vergl. Art. 154: „Behauptet der Inhaber einer Urkunde . . . ."). An sich hat der Beweisführer den Besitz des Gegners oder des Dritten

---

[4]) Vgl. Bern 235/6, Luzern 148/9, Schwyz 225, App. A.-Rh. 113, Wallis 205, 207, Neuenburg 263, stellt bestimmte prozessuale Vorlegungsgründe auf, Zug E 225, Thurgau E 237.
[5]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 169, von Schrutka, p. 215/6.
[6]) Vgl. Siegel, Vorlegung von Urkunden, p. 114/115, von Wyß in der schweizerischen Juristenzeitung, Bd. 6, p. 185.
[7]) Vgl. Praxis des Bundesgerichtes, Bd. 2, p. 4.

nachzuweisen[8]). Art. 155 mildert diese Pflicht, indem er dem Richter gestattet, dem leugnenden Beweisgegner den sogenannten Editionseid aufzuerlegen. Wenn aber auch dieser Editionseid nicht unter die Bestimmungen des Parteieides fällt, der nur auf Grund eines Wahrscheinlichkeitsbeweises abgenommen werden darf, so wird doch der Beweisführer den Besitz der Urkunde glaubhaft machen müssen. Es darf nicht sein, daß eine Partei wegen haltloser Behauptungen des Gegners zum Editionseid gezwungen wird[9]). Die freie Beweiswürdigung gibt übrigens dem Richter genügend Mittel an die Hand, um nur dort diesen Eid aufzuerlegen, wo der Besitz vermutet werden darf. Art. 155 redet nur von der Eidespflicht der Prozeßpartei. Trotzdem kann auch ein Dritter zum Editionseid angehalten werden. Das ergibt sich aus Art. 156,2, wo im Anschluß an die den Eid verweigernde Partei vom widerspenstigen Drittbesitzer gehandelt wird und ist überdies durch gerichtliches Urteil festgelegt worden: „Aus Art. 156,2 geht hervor, daß die Eidespflicht auch für eine editionspflichtige Drittperson besteht, von welcher Auffassung die bisherige Praxis des Kantonsgerichtes stets ausgegangen ist" (Urteil vom 23. Februar 1923). Partei oder Dritter müssen schwören, daß sie die Urkunde weder besitzen noch den Besitz absichtlich zum Nachteil der Gegenpartei aufgegeben haben, noch wissen, ob die Urkunde überhaupt vorhanden sei und wo sie sich befinde (Art. 155). Diese gesetzliche Eidesformel gestattet aber die Leistung des Eides auch dann, wenn die betreffenden Personen sich absichtlich um das Dasein der Urkunde nicht bekümmert haben und aus diesem Grunde nicht wissen, wo die Urkunde ist. Darum verlangt die Praxis in Ergänzung des Artikels 155, daß der Schwurpflichtige auch eidlich versichert, er habe die Urkunde eifrig gesucht und sich nach ihrem Dasein erkundigt[10]).

Die ins Recht verlangte Urkunde muß beweiserheblich sein, sie muß zur Feststellung einer beweisbedürftigen Tatsache dienen. Nach Art. 202 werden dem Gericht schon im Vorverfahren gewisse Beweismittel zugänglich gemacht. Diese ermöglichen vielleicht ohne die verlangte Urkunde die Feststellung der fraglichen Tatsache. Das Editionsverfahren soll aber möglichst nur dort eingreifen, wo es wirklich notwendig ist. Darum bestimmen die Art. 152,2 und 153,3, daß über ein bestrittenes Editionsbegehren erst im Beweiserkenntnis entschieden wird, also erst, nachdem die gesamte Streitsache dem Gericht vorgetragen und eventuell schon Augenscheine und Expertisen

---

[8]) Vgl. Bern 237, Luzern 152, Thurgau E 238, während Schwyz 231 ausdrücklich erklärt, daß es eines besonderen Nachweises des Besitzes nicht bedarf.

[9]) Auch für diesen Editionseid gilt, daß er einer Partei nicht aufgezwungen werden kann, sondern im gegebenen Fall durch das Handgelübde zu ersetzen ist. Vgl. unten die Ausführungen über Zeugen- und Parteieid, §§ 16, 20.

[10]) Diese Mitteilung wurde mir in freundlicher Weise von Herrn Kantonsgerichtspräsident Dr. Becker gemacht.

vorliegen und Zeugen zur Verfügung stehen. In diesem vorgerückten Stadium wird sich das Gericht mit ziemlicher Sicherheit Rechenschaft darüber geben können, ob es der Urkunde noch bedarf. Als Bestandteil des Beweisbeschlusses ist gegen den zustimmenden oder ablehnenden Entscheid des Editionsbegehrens kein selbständiges Rechtsmittel zulässig[11]).

Verweigert die editionspflichtige Partei die Herausgabe der Urkunde oder die Leistung des Eides, so wird der Inhalt der Urkunde, wie ihn der Beweisführer angegeben hat, als erwiesen angenommen (Art. 156). Diese Wirkung ist aber keine definitive. Soweit sich die Partei unbestritten im Besitze der Urkunde befindet, ist sie allerdings mit irgendwelchen Beweisen gegen den vom Beweisführer geltend gemachten Urkundeninhalt ausgeschlossen. Bestreitet sie aber nur den Besitz der Urkunde unter Verweigerung des Eides, so muß ihr doch der Beweis gestattet sein, daß die Urkunde nicht so gelautet habe oder daß die vom Beweisführer behauptete Tatsache nicht richtig sei[12]). In jedem Fall kann die sich weigernde editionspflichtige Partei die Urkunde vor der oberen Instanz nachträglich vorlegen. Dies wurde erkannt durch ein Urteil des Kantonsgerichtes vom 20. Dez. 1910. Eine Prozeßpartei hatte sich geweigert, ihre Geschäftsbücher zu Handen der Experten zu edieren. Die Vorinstanz zog aus dieser Weigerung die gesetzlichen Konsequenzen. Nun machte die Gegenpartei vor der Appellationsinstanz geltend, ihre Behauptungen seien durch die Editionsweigerung als voll bewiesen zu behandeln. Diesen Standpunkt billigte jedoch das Kantonsgericht nicht, da die Verweigerung der Edition von Urkunden nur die Vermutung des gelungenen Beweises für das betreffende Verfahren schaffe. „Diese Vermutung kann aber im zweitinstanzlichen Verfahren durch die Vorlegung der Beweismittel, deren Edition vor erster Instanz verweigert worden, umgestürzt werden. Dies muß sich ergeben aus der Tendenz des Zivilprozesses, den Schutz des materiellen Rechts zu verwirklichen, sowie aus der Ueberlegung, daß bei gegenteiliger Auffassung die betreffende Partei zwar nicht formell, wohl aber materiell um ihr Appellationsrecht gebracht würde". Diese Auffassung des Kantonsgerichtes ist sehr zu unterstreichen. Man könnte nur wünschen, daß der st. gallische Prozeß auch noch den letzten Schritt getan und die Frage der Wahrnahme ganz dem richterlichen Ermessen überlassen hätte, wie das zum Beispiel in Bern (237) und in Appenzell A.-Rh. (113,4) geschieht.

---

[11]) Im Gegensatz dazu gibt Zürich gegen diese Verfügung im Editionsverfahren das Rechtsmittel des Rekurses, und zwar sowohl den Parteien wie Dritten, §§ 229, 334, Ziffer 3, 335.

[12]) So Schwyz 232: „Verweigerung des Eides oder Handgelübdes und Nichtvorlegung der Urkunde gilt für Anerkennung ihres vom Beweisführer behaupteten Inhaltes, es sei denn, daß der Beweisgegner beweisen kann, daß die Urkunde nicht so gelautet hat oder daß die vom Beweisführer behauptete Tatsache eine unrichtige sei."

Das Verfahren modifiziert sich etwas, wenn ein Dritter die Edition verweigert. Dieser Dritte soll zunächst mit der Urkunde als Zeuge vorgeladen werden (Art. 153,1). Weigert er auch dies oder erhebt nun die Gegenpartei Einsprache, so wird nach den allgemeinen Regeln die Frage erst im Beweiserkenntnis gelöst. Naturgemäß ist auch die Folge der Editionsweigerung hier eine andere. Solange wenigstens nicht erwiesen ist, daß die Gegenpartei an der Nichtvorlegung der Urkunde durch den Dritten mitverantwortlich, rechtfertigt es sich nicht, den vom Beweisführer behaupteten Urkundeninhalt als gegeben anzunehmen. Das Gesetz unterstellt aber die editionspflichtige Drittperson den Strafbestimmungen wegen Widersetzlichkeit gegen amtliche Verfügungen und macht sie der editionsberechtigten Partei für allen Schaden verantwortlich (Art. 156,2). Der gleichen Schadenersatzpflicht begegnen wir auch beim widerspenstigen Zeugen (Art. 163). Hier wie dort fehlt jedoch eine Bestimmung für die Bewertung dieses Schadens, wie sie etwa der Entwurf des Jahres 1894 aufgenommen hatte, daß nämlich zu vermuten sei, die Aussage des widerspenstigen Zeugen resp. der Urkundeninhalt hätte günstig für den Beweisführer gelautet[13]). So wird das richterliche Ermessen über die Höhe dieses Schadens zu urteilen haben.

Im Anschluß an die Betrachtung der Folgen der Editionsverweigerung mag die Frage kurz erörtert werden, ob Partei oder Drittpersonen trotz der an sich gegebenen Editionspflicht die Herausgabe nicht verweigern können, wenn besondere Verhältnisse vorliegen. Nach dem geltenden Recht wird die Editionspflicht nur insofern beschränkt, als das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, die bezüglichen Protokolle und Korrespondenzen nicht ediert werden müssen (Art. 153,2). Auch was die Vorlegung im engern Sinn betrifft, darf nach Art. 154 nur die Einsicht in jene Stellen der Urkunde verweigert werden, „deren Mitteilung den Editionspflichtigen selbst gefährden könnte und welche auf den Streitfall keinen Bezug haben". In diesem Falle hat vorher der Gerichtspräsident oder ein von ihm bezeichnetes Gerichtsmitglied unter der Pflicht zu besonderem amtlichen Stillschweigen die Urkunde einzusehen und die Wahrheit der betreffenden Behauptung des Editionspflichtigen zu Protokoll zu bezeugen. Daß dem Gericht die Einsicht nicht verwehrt werden kann, ist ohne weiteres verständlich. Sobald jedoch die Urkunde ediert ist, hat auch der Gegner ein Recht auf Einsichtnahme, denn alsdann ist die Urkunde nach Art. 141,3 ein gemeinschaftliches Beweismittel und kann ohne Zustimmung beider Parteien nicht mehr zurückgezogen werden. Hieraus können unhaltbare Zustände resultieren. Man denke an Geschäftsgeheimnisse, deren Preisgabe der Partei empfindlichen Schaden einbringen kann. Hier sollte unbe-

[13]) Vgl. Entwurf 1894, Art. 252, in „St. gallisches Zivilprozeßgesetz 1892 bis 1901" im Staatsarchiv.

dingt eine z. B. Bern Art. 229,2 und 3 analoge Bestimmung eingreifen, die überall dort, wo berechtigte Interessen im Spiele stehen, die Einsicht der Gegenpartei verunmöglicht, die Urkunde überhaupt nur so gebrauchen läßt, daß die Geheimsphäre bestmöglich geschützt und respektiert wird[14]). Auch der Fall sollte vorgemerkt werden, daß bei Unentbehrlichkeit der Urkunden und ähnlichen Verhältnissen die Urkunden an Ort und Stelle eingesehen werden[15]). Das Problem der berechtigten Editionsverweigerung erhält eine besondere Bedeutung inbezug auf Drittpersonen. Auch sie genießen de lege lata keine weiteren Privilegien wie die editionspflichtige Partei. Damit vergleiche man die Sorgfalt, mit welcher das Gesetz beim Zeugenbeweis die Geheimsphäre berücksichtigt. Zuzugeben ist gewiß, daß beim Zeugenbeweis noch andere Gründe wie nur der Schutz der Geheimsphäre eine Rolle spielen, denn dort droht die Gefahr, daß bei Vorliegen solcher Verhältnisse der Zeuge unwahre Angaben macht. Wo aber beim Zeugenbeweis die Geheimsphäre entscheidend wirkt wie bei Berufs- und Amtsgeheimnis, wohl auch bei Aussagen naher Verwandter und Aussagen zu eigener Schande (Art. 161), da muß diese gerechterweise auch beim Urkundenbeweis Beachtung finden als notwendiges Korrelat zur allgemeinen Editionspflicht[16]). In diesem Sinne scheint der st. gallische Prozeß die allgemeine Editionspflicht überspannt zu haben. Zwar wird es die Fassung der fraglichen Artikel (152,3)[17]) dem Richter schon ermöglichen, Editionsbegehren aus solchen Gründen ablehnend zu beurteilen resp. die Edition nur in beschränktem Maße zuzulassen, es wäre aber am Platze gewesen, daß der Gesetzgeber den Richter expressis verbis darauf hingewiesen hätte.

Eine besondere Regelung wird nötig sein, wenn es sich um die Editionspflicht des Staates handelt. Der Staat kann sich selbst vor den Zivilgerichten belangen lassen und als Partei auftreten. Soweit dies geschieht und ganz allgemein, wenn es sich um vom Staate abgeschlossene Privatrechtsgeschäfte handelt, liegt kein Grund vor, den Staat inbezug auf die Edition der sachdienenden Urkunden zu pri-

---

[14]) Bern, Art. 229, 2: „Wenn durch die Herausgabe von Urkunden an das Gericht berechtigte Interessen verletzt würden, so kann verfügt werden, daß der Instruktionsrichter oder eine Abordnung des Gerichtes beim Inhaber von der Urkunde Einsicht nimmt. Ebenso kann, wenn es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt, verfügt werden, daß die Urkunde ganz oder teilweise der Einsichtnahme der Gegenpartei entzogen bleibt." Ebenso Wallis 209.

[15]) Bern, Art. 229, 3: „Befinden sich die Urkunden so entfernt vom Gerichtssitze, daß sie nur mit großen Kosten und unter Verletzung berechtigter Interessen herbeigeschafft werden können, so kann die Einsichtnahme auf rogatorischem Wege verfügt werden." Vgl. auch Wallis 202, Thurgau E 236, 2.

[16]) So Bern 236, Luzern 149, 2, Thurgau E 237, 2, Wallis 207.

[17]) Art. 152, 1: „Aus dem Besitz des Gegners können alle Urkunden ins Recht verlangt werden ....."
Art. 153, 1: „Auch Drittpersonen können angehalten werden ..."

vilegieren[18]). Sowie aber andere Urkunden in Frage kommen, kollidieren die Interessen der Rechtspflege mit denen der öffentlichen Verwaltung. Denn im Interesse des Gemeinwesens und der Erfüllung seiner Zwecke müssen sehr oft Vorgänge in der Verwaltung auf längere oder kürzere Zeit geheim gehalten werden[19]). Wie dieser Konflikt im gegebenen Fall zu lösen ist, zeigt etwa das bernische Gesetz in seinem Artikel 240: „Die Herausgabe anderer Urkunden des Staates liegt im Ermessen der Staatsbehörden". Dieser Weg scheint auch der maßgebende zu sein für jene Gesetze, die wie der st. gallische Prozeß über die Editionspflicht des Staates nichts enthalten. Was eidgenössische Behörden und Verwaltungen anbelangt, erließ der Bundesrat im Jahre 1911 ein Kreisschreiben[20]), das die Edition von Amtsakten der Bundesverwaltung und die Zeugnispflicht des Bundesrates und der Bundesbeamten regelt. Der Bundesrat spricht sich dahin aus, daß er im gegebenen Fall die entgegenstehenden Interessen am ungestörten Gang der Justiz und an der Geheimhaltung der Vorgänge in der Verwaltung sorgfältig gegeneinander abwäge und nur dann die Edition verweigern werde, wenn entweder die allgemeinen Landesinteressen es verlangen oder das Interesse und der ungestörte Gang der Verwaltung durch Gewährung der Rechtshilfe in erheblichem Maße gefährdet oder benachteiligt würden. Dieses Kreisschreiben des Bundesrates wurde vom st. gallischen Justizdepartement am 16. Oktober 1911[21]) den Bezirksgerichten bekanntgegeben und dabei die Weisung erteilt, daß Begehren um Edition von Amtsakten eidgenössischer Amtsstellen, am besten direkt an das dieser Amtsstelle vorgesetzte Departement zu richten seien. Die im bundesrätlichen Kreisschreiben vorgesehene Interessenabwägung wird mutatis mutandis auch für die kantonale Regierung der Maßstab für die Gewährung der Edition von Amtsakten sein. Mit Recht wird aber neben das Interesse der Verwaltung dasjenige des einzelnen Bürgers gestellt, der durch die Einsichtnahme solcher Akten nicht geschädigt werden darf. Daneben soll das Interesse der Verwaltung nicht allein ausschlaggebend sein, sondern immer nur dann, wenn zugleich ein schutzwürdiges Interesse des Gemeinwesens oder einzelner Bürger vorliegt[22]).

---

[18]) Vgl. Bern 240: „Urkunden öffentlicher Verwaltungen über vom Staate abgeschlossene Privatrechtsgeschäfte unterliegen der Herausgabepflicht."
[19]) Vgl. Rennefahrt in der schweizerischen Juristenzeitung, Bd. 8, p. 347.
[20]) Vgl. hierüber Schurter-Fritzsche, p. 539 ff.
[21]) Vgl. Amtsblatt 1911, p. 524.
[22]) So Rennefahrt, a. a. O.

§ 14. Die Beweiskraft der Urkunde.

Man pflegt die Beweiskraft der Urkunde zu scheiden in eine formelle und eine materielle, wobei jene nur mit der äußeren Struktur der Urkunde, diese aber mit ihrem Inhalte sich befaßt. Wie wir gesehen, beweist die Urkunde als Urkunde mit ihrem gedanklichen Inhalt. Dieser ist oder ist nicht beweiskräftig, hat oder hat nicht die Fähigkeit, den Richter von der Existenz einer erheblichen Tatsache zu überzeugen. Streng genommen kann daher nur in diesem Sinne von einer Beweiskraft der Urkunde gesprochen werden. Diese Beweiskraft hat nun aber ihre notwendigen Voraussetzungen. Sie ist abhängig sowohl von der Zuverlässigkeit der Urkunde, das heißt ihrer Echtheit und Rechtsförmigkeit wie auch von der Glaubwürdigkeit und Relevanz ihres Inhaltes. Das Requisit der Echtheit und Rechtsförmigkeit faßt man in den Begriff der formalen, Glaubwürdigkeit und Erheblichkeit des Urkundeninhaltes in den der materiellen Beweiskraft. Obwohl diese letzten Endes allein maßgebend ist, steht jene im Vordergrund. Denn der Urkundeninhalt kann erst und nur dann ausgebeutet werden, wenn die Urkunde echt und in richtiger Form erstellt ist. Mit andern Worten, die Beweiskraft an sich, ihr Sein oder Nichtsein, hängt ab von der Echtheit und der Rechtsförmigkeit der Urkunde, die Intensität der Beweiskraft, ihr Sosein oder Andersein, von der Beschaffenheit des Inhaltes. Wir untersuchen zuerst die primären Voraussetzungen, hernach die Gründe, die für die Intensität der Beweiskraft von Bedeutung sind.

Soweit die Gültigkeit einer Urkunde durch bestimmte Formvorschriften bedingt ist, gehört die Erfüllung dieser Formvorschriften bei der öffentlichen Urkunde zu ihrem begrifflichen Merkmal, in jedem Fall, ob öffentliche oder private Urkunde, zur notwendigen Voraussetzung ihrer materiellrechtlichen Wirksamkeit und damit ihrer prozessualen Beweiskraft. Art. 143 verlangt ausdrücklich von der öffentlichen Urkunde, daß sie unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten ausgestellt sein müsse. Das Gleiche sieht Art. 144 für die Privaturkunde vor. Wo aber solche bindenden Vorschriften fehlen, soll die Urkunde in „glaubhafter Form" abgefaßt sein (Art. 143,4). Der Gesetzgeber spricht sich nicht weiter darüber aus, was ihm unter dieser glaubhaften Form vorschwebt. Man darf wohl annehmen, daß im allgemeinen die Unterschrift oder ein sie voll vertretendes Surrogat mit zu dieser glaubhaften Form gehört. Im übrigen kann aus Art. 145 geschlossen werden, daß sich die Glaubhaftigkeit der Form mit Einschaltungen, Durchstreichungen und andern Veränderungen nicht verträgt. Diese letztgenannten Formmängel schalten allerdings die Beweiskraft nicht zum vornherein aus, sie beeinträchtigen sie aber unmittelbar und von Gesetzes wegen.

Die Echtheit kommt jener Urkunde zu, bei welcher die in ihr enthaltene Erklärung von demjenigen stammt, der als ihr Aussteller

angegeben wird[1]). Die Urkunde darf weder von Anfang an gefälscht noch späterhin in Kontext oder Unterschrift verfälscht worden sein. Dagegen fällt es für die Frage der Echtheit nicht in Betracht, ob der Aussteller bewußt oder unter dem Einfluß eines Willensmangels eine falsche Erklärung abgegeben hat. Auch ist nicht notwendig, daß der Aussteller die Urkunde eigenhändig niedergeschrieben. Dasselbe gilt für die Unterschrift, die Urkunde kann auch ohne sie echt sein. Nach Art. 147 hat sich jede Partei über die Echtheit der von der Gegenpartei vorgelegten Urkunden zu erklären. Implicite liegt diese Vorschrift schon in der früher betrachteten Parteipflicht, wonach sich jede Partei über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der vom Gegner angemeldeten Beweismittel auszusprechen hat (Art. 193). Die Unterlassung dieser Erklärung hat zur Folge, daß die Urkunde vom Richter als echt behandelt werden muß. Die Echtheit einer Urkunde ist eine sogenannte Hilfstatsache und muß deshalb wie jede andere beweiserhebliche Tatsache solange gelten, als sie nicht bestritten wird[2]). Eine Ausnahme ist jedoch zu machen für den Fall offenkundiger Fälschung. Ebenso wird der Richter auch bei Stillschweigen der Parteien eine Erklärung über die Echtheit der Urkunde verlangen dürfen, wenn er selbst schwere Verdachtsgründe gegen die Echtheit hegt. Wo übrigens der Richter den Urkundenbeweis frei würdigen darf, wird er ohne weiteres bei Bewertung der Urkunde seine begründeten Zweifel in die Wagschale werfen. De lege ferenda wird angeraten, den Richter von Amtes wegen die Echtheit einer Urkunde feststellen zu lassen[3]). Dafür lassen sich gute Gründe anführen. Es hat unbedingt etwas Stoßendes, wenn der Richter eine in ihrer Echtheit zweifelhafte, aber nicht angefochtene Urkunde als echt behandeln muß. Aber auch die weniger schroffe Lösung, die bei vernünftiger Auslegung der materiellen Prozeßleitungsbefugnis den Richter ermächtigt, die zweifelhafte Echtheit beweisbedürftig zu gestalten, wird die eben erwähnte Unzulänglichkeit ausmerzen.

Wird vom Gegner des Beweisführers geltend gemacht, die vorgelegte öffentliche oder private Urkunde sei gefälscht, so hat er die gefälschten Stellen, sowie die Gründe, welche nach seiner Ansicht für die Fälschung sprechen, genau zu bezeichnen (Art. 148). Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß eine einfache Bestreitung der Echtheit nicht genügt. Da aber das st. gallische Gesetz eine ausdrückliche Vermutung für die Echtheit einer Urkunde nicht aufstellt, muß die Fälschung nur wahrscheinlich gemacht, in keinem Falle voll bewiesen werden. Denn mangels einer gesetzlichen Vermutung übernimmt der Beweisgegner für seine Behauptung, die Urkunde sei gefälscht, die

---

[1]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 170.
[2]) Vgl. z. B. Bern 230, Schwyz 217: „Erfolgt keine Erklärung, so gilt die Echtheit als unbestritten." Ebenso Zug E 217.
[3]) So Schurter, p. 190.

Beweislast nicht; die Echtheit der Urkunde muß vom Beweisführer dargetan werden[4]). Doch liegt hier ein typischer Fall vor, wo die freie Beweiswürdigung die Bedeutung der Beweislast auf ein Minimum reduziert. Wenn auch der Beweisführer für die Echtheit der von ihm vorgelegten Urkunden aufkommen muß und deshalb der Gegenbeweis gelungen ist, wenn durch ihn die Echtheit bloß zweifelhaft erscheint, so wird der Richter doch mehr Gründe für die Fälschung verlangen, wenn die Echtheit einer öffentlichen Urkunde in Frage steht, wie wenn es sich nur um eine private Urkunde handelt. Rein tatsächlich geht in dieser Beziehung die öffentliche der privaten Urkunde vor, weil die Art und Weise ihrer Entstehung ein starkes Indiz für ihre Echtheit ergibt. Es wäre darum konsequent gewesen, wenn das Gesetz ausdrücklich die öffentliche Urkunde mit der Vermutung ihrer Echtheit ausgestattet hätte, wie das auch andere Zivilprozeßordnungen tun[5]).

Sprechen nach dem richterlichen Ermessen genügende Gründe für die Fälschung der Urkunde, so soll je nach Umständen die betreffende Partei innert nützlicher Frist die Strafklage wegen Urkundenfälschung anheben oder das Gericht übermittelt ex officio die Akten der Staatsanwaltschaft. Wir begegnen hier einem eigentümlichen Verfahren zur Feststellung der Echtheit resp. Unechtheit einer Urkunde. Diese Untersuchung wird grundsätzlich vor dem Strafrichter geführt. Die ratio legis liegt nach dem Urteil der Rekurskommission (27. März 1908) darin, daß über den Straftatbestand der Urkundenfälschung nicht zwei verschiedene Richter urteilen sollen, die vielleicht z. B. auf Grund verschiedener Schriftexpertisen zu verschiedenen Resultaten kommen könnten. Auf dieser Grundlage ist denn auch verständlich, daß gesagt wird, der Zivilrichter sei an das Ergebnis des Strafrichters gebunden und die Strafuntersuchung habe ohne weiteres die Sistierung des Zivilprozesses zur Folge. Zur Frage, ob Zivil- oder Strafrichter die Echtheit einer Urkunde feststellen sollen, ist jedoch zu bemerken, daß die Urkundenfälschung vom Zivilrichter an-

---

[4]) Im Gegensatz dazu finden wir in manchen Gesetzen die Beweislast beim Echtheitsbeweis ausführlich geregelt, wobei zugleich bei Echtheit der Unterschrift die Echtheit des darüber stehenden Textes vermutet wird. So Schwyz 219: „Ist die Echtheit einer Privaturkunde bestritten, so ist der Beweis ihrer Echtheit vom Beweisführer zu erbringen. Wird die Echtheit einer Unterschrift nicht angefochten oder ist sie gerichtlich festgestellt, so hat der darüber stehende Inhalt die Vermutung der Echtheit für sich; wer die Echtheit des Inhaltes bestreitet, ist dafür beweispflichtig."
Gleich Zug E 219, ähnlich Wallis 194/5, wo aber nur über die Echtheit der Unterschrift gehandelt wird, weil sie eo ipso die Echtheit der ganzen Urkunde beeinflußt.

[5]) Vgl. Bern, Art. 232: „Bei öffentlichen Urkunden liegt der Beweis der Echtheit dem Gegner des Beweisführers ob." Ebenso Luzern 139, 3, Schwyz 218, Wallis 189, 2, Zug E 218.

ders bewertet wird wie vom Strafrichter. Bei diesem ist einzig die Tatsache relevant, ob die Fälschung schuldhafterweise begangen worden ist, während es im Zivilprozeß darauf ankommt, wie sich die Fälschung darstellt, das heißt, ob sie die ganze Urkunde wertlos macht oder aber trotz der Fälschung gewisse Teile der Urkunde verwertet werden können. Ist sicher zu bestimmen, welche Stellen der Urkunden gefälscht sind und eventuell wie der ursprüngliche Inhalt lautete, dann hindert nichts daran, daß der übrige echte Teil seine Beweiskraft behalte. Die strafrechtlich konstatierte Urkundenfälschung braucht also nicht notwendig die Beweiskraft der Urkunde zu annulieren. Wohl aus diesem Grunde treffen wir z. B. in Wallis (Art. 192) die Bestimmung, daß die Feststellung des Strafrichters für den Zivilrichter nicht schlechthin bindend sei, wenn Freisprechung erfolge oder eine Verfügung auf Einstellung des Strafverfahrens getroffen werde. Darüber hinaus sollte aber auch eine rechtskräftige Verurteilung durch den Strafrichter die Entscheidung des Zivilrichters nicht zwingend beeinflussen[6]). Wenn endlich der Strafprozeß aus Gründen, die mit der Urkundenfälschung an sich nichts zu tun haben, sistiert oder abgeschrieben werden muß, bleibt dem Zivilrichter wohl nichts anderes übrig, als eben selbst den Beweis über die Echtheit der Urkunde abzunehmen. Ueberlegt man dazu den Vorteil der viel rascheren Prozeßführung, der sich daraus ergibt, daß die Echtheit unmittelbar vor dem Zivilgericht festgestellt wird, dann muß man wohl de lege ferenda wünschen, das st. gallische Gesetz möge sich in dieser Beziehung der Gesetzgebung der meisten Kantone anschließen und den Strafrichter nicht mehr in das Gebiet des Zivilprozesses übergreifen lassen.

Praktisch führt übrigens der erwähnte Artikel 148 ohne weiteres dazu, daß die Frage der Echtheit einer Urkunde in einem bestimmten Umfang doch vor dem Zivilrichter verhandelt wird. Auf die Gründe, welche nach Ansicht des Beweisgegners für die Fälschung der Urkunde sprechen, antwortet der Beweisführer sicher mit Gegenargumenten. Man wird wohl in diesem Falle dem Richter gestatten müssen, einen sofort liquiden Beweis des Beweisführers für die Echtheit der angefochtenen Urkunde abzunehmen, vor allem, wenn sie als einziges oder bestes Beweismittel auftritt und mit der strafrechtlichen Untersuchung der Prozeß auf die lange Bank geschoben würde. Zudem gibt Art. 149 ausdrücklich eine allerdings eng beschränkte Gelegenheit, die Echtheit im Zivilprozeß zu prüfen: „Wird die Echtheit von Privaturkunden, die von einem noch lebenden Dritten ausgestellt sind, bestritten, so kann der Beweisführer verlangen, daß der Dritte über die Ausstellung der Urkunde als Zeuge einvernommen werde". Wenn aber auf Parteibegehren der Aussteller einer Privaturkunde über die Echtheit der Urkunde befragt werden kann, so rechtfertigt sich durchaus, dieses Verfahren auch bei den öffentlichen Urkunden

[6]) Vgl. Leuch, p. 188.

anzuwenden. Was ferner die Einstellung des zivilprozessualen Verfahrens während der Dauer der Strafuntersuchung anbelangt, finden wir im Gesetz selbst keine Bestimmung. Im Gegensatz zum zitierten Urteil (vergl. pag. 96), das die Einstellung ohne weiteres verfügen will, erscheint die Regelung zweckentsprechender, wonach dem richterlichen Ermessen die Entscheidung über Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens überlassen bleibt[7]). Soweit durch andere zivilprozessuale Beweismittel die bestrittene Tatsache eruiert werden kann, sollte der dadurch nebensächlich gewordene Streit um das Beweismittel einer raschen Prozeßerledigung nicht zuwiderlaufen.

Das eigenartige Verfahren zur Feststellung der Urkundenechtheit hat es mit sich gebracht, daß der st. gallische Prozeß keine Bestimmung darüber enthält, wie der Echtheitsbeweis geleistet werden kann. Der Vollständigkeit wegen mag aber noch kurz auf das in einzelnen Gesetzen ausführlich geregelte Verfahren bei Feststellung der Echtheit hingewiesen werden. An sich ist jedes Beweismittel zulässig, da die Echtheit einer Urkunde eine Tatsache ist, die sich nicht von den übrigen beweisbedürftigen Tatsachen unterscheidet[8]). Praktisch von Bedeutung ist aber besonders der Beweis durch Schriftvergleichung[9]). Er kann in der Weise geführt werden, daß der Beweisführer zuverlässiges Vergleichsmaterial vorlegt oder dann der angebliche Aussteller in Gegenwart des Richters ein Diktat niederschreiben muß. Zur Schriftvergleichung können Experten beigezogen werden. Weigert sich die betreffende Partei, das Diktat zu schreiben, so hat der Richter nach einzelnen Gesetzen die Echtheit der Urkunde auszusprechen[10]), nach andern die Weigerung frei zu würdigen[11]).

Darf die Beweiskraft der Urkunde an und für sich bejaht werden, so bleibt weiter zu untersuchen, wie intensiv diese Beweiskraft wirkt. Dies hängt ab von der Glaubwürdigkeit und Erheblichkeit des Inhalts. Die Glaubwürdigkeit bestimmt sich ihrerseits nach der

---

[7]) So in folgenden Gesetzen für den Fall, daß die Angelegenheit dem Strafrichter überwiesen wird: Bern 242: „Ist die Fälschung einer Urkunde Gegenstand eines Strafprozesses, so k a n n der Richter den Rechtsstreit bis zur Entscheidung über den Strafprozeß einstellen." Schwyz 222, 3 fordert sogar, daß die Einstellung nur erfolgen darf, wenn die Ermittlung der behaupteten Fälschung für den obwaltenden Rechtsstreit von rechtlicher Bedeutung ist." Gleich Zug E 222, 3.

[8]) Vgl. Wallis 196: „Die Tatsache, daß eine Urkunde echt oder gefälscht sei, kann durch jedes beliebige Beweismittel erhärtet werden." Aehnlich Luzern 155, 2, Schwyz 220, Zug E 220, Thurgau E 233, 2.

[9]) Vgl. Bern 231, Luzern 156, Schwyz 220, Zug E 220, App. A.-Rh. 112, Thurgau E 233, 2, Wallis 197, Neuenburg 276, Genf 292/293.

[10]) So Zürich 236, 2, Luzern 156, Neuenburg 276, Genf 293.

[11]) So Bern 231, 1, Schwyz 220: „Welchen Einfluß es auf die Herstellung des Beweises hat, wenn die Partei einem solchen richterlichen Auftrag keine Folge leistet oder offenbar mit entstellter Schrift schreibt, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen."

Person des Ausstellers und nach der besonderen Art der urkundlichen Erklärung. Die Urkunde kann ausgestellt sein von einer der beiden Parteien oder von einem Dritten, vor allem einer öffentlichen Urkundsperson oder einer Behörde. In dieser Beziehung hat der st. gallische Gesetzgeber die freie Beweiswürdigung eingeschränkt und Beweisregeln aufgestellt. Die öffentliche, also die von einem qualifizierten Urheber stammende Urkunde hat nach Art. 143 für ihren Inhalt volle Beweiskraft. Diese Privilegierung der öffentlichen Urkunde läßt sich bis zu einem gewissen Grade rechtfertigen, da nicht nur die Stellung des Urhebers der Urkunde, sondern auch die gesamte Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens hohe Sicherheit und Zuverlässigkeit verbürgen[12]). Der gesetzliche Wortlaut spricht die volle Beweiskraft für den Inhalt der Urkunde aus. Dies ist eng zu interpretieren, in dem Sinne, daß die Urkunde nur das voll beweisen kann, wofür sie ihrem Zwecke nach errichtet ist. Nur derjenige Inhalt ist verurkundet, den zu bezeugen die Urkunde bezweckt[13]). Voll beweiskräftig ist auch die Privaturkunde gegen ihren Aussteller, dessen Rechtsnachfolger und alle, für welcher er zur Ausstellung befugt war, „insofern sie mit dem Willen, Rechte anzuerkennen oder Verpflichtungen einzugehen, ausgestellt worden ist" (Art. 144). Während bei der öffentlichen Urkunde die Art und Weise ihrer Entstehung das ausschlaggebende Moment für die erhöhte Beweiskraft bildet, spielt hier die besondere Beschaffenheit der urkundlichen Erklärung die maßgebende Rolle. Weil darin der rechtlich relevante Wille des Ausstellers zum Ausdruck kommt, soll die Urkunde gegen ihn volle Beweiskraft ausüben. Von dieser Bestimmung wird in erster Linie die Dispositivurkunde getroffen, der ja materiellrechtliche Wirksamkeit zukommt. Aber auch jene Urkunde, die lediglich das schon bestehende Rechtsverhältnis bestätigen und bloße Beweisfunktion ausüben soll, wirkt in dieser vollen Beweiskraft. Denn auch sie ist mit dem Willen, Rechte anzuerkennen, ausgestellt worden. Endlich gehören hieher alle schriftlichen Erklärungen, worin der Aussteller eine ihm ungünstige rechtserhebliche Tatsache anerkennt, die sogen. Geständnisurkunden. Mit dem Anerkenntnis der rechtsrelevanten Tatsachen verbindet sich der Wille, die aus diesen Tatsachen folgenden Rechte gelten zu lassen. Nur wo die Urkunde bloß berichtenden Charakter hat, behält die öffentliche Urkunde allein ihre volle Beweiskraft. Die enge Zusammengehörigkeit der Voraussetzungen der Beweiskraft zeigt sich aber darin, daß wie erwähnt Art. 145 diese Beweiskraft der an sich voll beweiskräftigen Urkunde einschränkt und

[12]) Vgl. Art. 38, E. G. z. Z. G. B.: „Der Beurkundende hat nach bestem Wissen die Parteien über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung der Urkunde zu belehren und sie auf Mängel in der Fassung, tatsächliche Unrichtigkeiten und Widersprüche mit gesetzlichen Bestimmungen aufmerksam zu machen."

[13]) Vgl. Gmür, Kommentar zu Art. 9, Z. G. B.

damit die freie Beweiswürdigung wieder in ihre Rechte einsetzt, wenn diese Urkunde Einschaltungen, Durchstreichungen oder andere Veränderungen aufweist. Es ist demnach möglich, daß auch eine öffentliche Urkunde für den Beweis wertlos wird.

Obwohl das Gesetz von voller Beweiskraft des Urkundeninhaltes spricht, darf diese qualifizierte Beweiskraft keine absolute sein und jeden Gegenbeweis überhaupt verunmöglichen. Der gesetzliche Wortlaut muß unbedingt so ausgelegt werden, daß die formell beweiskräftige Urkunde zwar die freie Beweiswürdigung ausschließt, nicht aber den Nachweis, daß die Verurkundung den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht oder aus irgendwelchen Gründen der materiellrechtlichen Wirksamkeit ermangelt. Für die öffentliche Urkunde ist der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhaltes durch Art. 9 Z. G. B. ermöglicht, aber auch die Privaturkunde muß ihre volle Beweiskraft verlieren, wenn nachgewiesen wird, daß der Aussteller unter dem Einfluß von Willensmängeln die Beurkundung vorgenommen hat oder das verurkundete Rechtsgeschäft keine Gültigkeit beanspruchen kann. Was diese notwendige Einschränkung der Urkundenbeweiskraft anbelangt, fehlt im st. gallischen Prozeß mangelhafterweise eine Bestimmung etwa des Inhaltes: „Die Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht ihre Unrichtigkeit nachgewiesen ist“[14]). Weil von Gesetzes wegen die materielle Beweiskraft der Urkunden präsumiert wird, trägt für die Behauptung, der Inhalt der Urkunde sei unrichtig oder ungültig, der Beweisgegner die Beweislast.

Was im übrigen die Beweiskraft der Privaturkunden anbelangt, werden folgende Verhältnisse noch ausdrücklich geregelt. Urkunden von Drittpersonen unterstehen der freien Beweiswürdigung. Das Gesetz verlangt speziell, daß die persönlichen Verhältnisse des Ausstellers, sowie die Umstände, unter welchen die Urkunde errichtet worden ist, zu berücksichtigen sind (Art. 146). Der Richter darf nicht abwarten, bis der Beweisgegner die Beweiskraft solcher Urkunden bemängelt. Es liegt in seiner Amtspflicht, daß er von Drittpersonen stammende Urkunden von sich aus auf ihren Beweiswert prüft[15]). Als in der Regel für den prozessualen Beweis unverwertbar werden bezeichnet „schriftliche, zum Zweck der prozessualen Benützung für eine Partei ausgestellte Zeugnisse von Personen, welche als Zeugen verhört werden können“ (Art. 146). Der Grund dieser Bestimmung ist einleuchtend. Der Aussteller eines schriftlichen Zeugnisses kann auf jede Art beeinflußt werden. Sein Zeugnis wird das nicht verraten, litterae non erubescunt[16]). Der eminent wichtige Grundsatz un-

[14]) Wallis 189, 2. Ebenso Thurgau E 232. Für die Gesetze, die wie z. B. Bern auch beim Urkundenbeweis die freie Beweiswürdigung durchführen, erübrigt sich natürlich eine solche Bestimmung.
[15]) So Urteil der Rekurskommission, 16. Juli 1915.
[16]) Schurter, p. 206.

mittelbarer Beweisaufnahme fordert, daß alle diese Personen zum mündlichen Zeugnis vorgeladen werden. Da werden sie unabhängig von jedem einseitigen Parteieinfluß und im Banne der richterlichen Autorität viel eher der Wahrheit gemäß ihre Aussagen machen. Auf Grund einer Beschwerde gegen einen Rechtsagenten, der in ungehöriger Weise Zeugen der Gegenpartei befragt und veranlaßt hatte, eine von ihm aufgesetzte Bescheinigung zu Prozeßzwecken zu unterzeichnen, stellt der Amtsbericht des Kantonsgerichtes vom Jahre 1909 fest, daß es als unzulässig zu bezeichnen sei, „wenn der Rechtsvertreter einer Partei sich schriftliche Bescheinigungen eines Zeugen geben läßt". Die Erfahrung lehre, daß in solchen Fällen ein ungehöriger Einfluß gegenüber dem Zeugen sich geltend mache. Im Interesse der Wahrung der Freiheit und Unbefangenheit der Zeugen sei darauf zu halten, daß Zumutungen auf Ausstellung oder Unterzeichnung von Bescheinigungen zu Prozeßzwecken Zeugen gegenüber nicht gestellt werden. Wenn die Praxis unter Umständen zuläßt, daß von einem Zeugen ausgefertigte Bescheinigungen in der Gerichtsverhandlung bestätigt werden, so verlangt sie doch, daß dieser Zeugenbericht „mindestens dem Zeugen wörtlich vorgehalten wird und wenn er ihn voll inhaltlich bestätigt, in das Zeugenprotokoll aufgenommen und dort vom Zeugen unterzeichnet wird"[17]).

Freier Beweiswürdigung unterliegt auch der Beweis mit Haus- und Handelsbüchern (Art. 151). Daß solche Bücher, sofern sie den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, gegen ihren Aussteller beweiskräftig sind, ergibt sich ohne weiteres aus dem Satz, wonach Geständnisurkunden Beweis erbringen. Aber diese Bücher sollen auch für ihren Aussteller zeugen können. Das gemeine Recht hatte diesbezüglich die Regel aufgestellt: «Scriptura pro scribente non probat», jedoch auch schon die Ausnahme für ordentlich geführte Bücher zugelassen. Dieses gemeinrechtliche Prinzip hat in den modernen Gesetzen keine rechtliche Bedeutung mehr. Die freie Beweiswürdigung gestattet, daß der Beweisführer auch von ihm selbst ausgestellte Urkunden zu seinen eigenen Gunsten vorführe. Man kann sich sehr wohl den Fall vorstellen, daß der Beweisführer zu einer Zeit, da er nicht im entferntesten an einen Prozeß dachte, an irgend eine Person eine ihm günstige Erklärung gerichtet hat[18]). Natürlich entbehrt eine solche Aussage jener Beweiskraft, welche ein ungünstiges Selbstzeugnis besitzt. Wenn aber die Rekurskommission in ihrem Urteil vom 2. Nov. 1903 festgestellt hat: „Die Aussage einer Partei an eine Drittperson zu einer Zeit, in welcher die Partei noch gar kein Interesse daran hatte, mit dieser Mitteilung einen Beweis zu schaffen und somit der Drittperson etwas anzugeben, ergibt zwar keinen vollen Beweis, immerhin aber einen Wahrscheinlichkeitsbeweis", so dürfen

[17]) Urteil der Rekurskommission vom 1. Mai 1909.
[18]) Vgl. Hellwig, p. 702.

wir diesen beschränkten Beweiswert auch jenen Urkunden zubilligen, die unter den genannten Umständen errichtet worden sind. Denn ob die Aussage schriftlich oder mündlich geschehen, ist in dieser Beziehung unerheblich. Sind nun aber dem Beweisführer günstige Tatsachen in dessen Haus- und Handelsbüchern niedergelegt, dann rechtfertigt es sich durchaus, daß die Beweiskraft dieser Eintragungen nicht minder qualifiziert werde wie diejenige der Urkunden überhaupt. Die Beschaffenheit der Buchführung bietet gewisse natürliche Garantien, daß die Einträge der Wirklichkeit entsprechen. „Bei den Geschäftsbüchern kommt in Betracht, daß eine nachträgliche willkürliche Aenderung der Einträge und ihrer Bedeutung ausgeschlossen ist, wenn die Buchführung die feststehenden Regeln der Handelswissenschaft beobachtet“[19]). Die Praxis geht soweit, daß Geschäftsbücher als ordnungsgemäß geführt präsumiert werden. Nach einem Entscheide der Rekurskommission (7. Dez. 1912) liegt es dem Beweisgegner ob, zu beweisen, daß in solchen Büchern Lücken vorhanden sind, die Buchführung also unglaubwürdig ist. Das gleiche Urteil entscheidet auch die Frage, welche Bücher den Anspruch auf ordentliche Führung erheben dürfen. Es genügt, wenn die Bücher chronologisch und sauber geführt sind, „soweit man das im betreffenden Gewerbe und nach den konkreten Verhältnissen des Buchführers verlangen kann“. Das richterliche Ermessen hat also einen ziemlich weiten Spielraum. Unter Umständen werden Sachverständige nötig sein, um dem Richter die ordnungsmäßige Führung überhaupt oder das im gegebenen Fall Uebliche darzulegen. Für die Beweiskraft der Bücher finden wir in den meisten Gesetzen das Requisit der ordentlichen Buchführung[20]). Selbst jene Gesetze, welche auch den Urkundenbeweis dem freien richterlichen Ermessen unterwerfen, wie etwa Bern, bestimmen, daß die Beweiskraft der Bücher namentlich von ihrer ordnungsgemäßen Führung abhängt.

Inhaltlich endlich muß die Urkunde den rechtserheblichen Tatbestand selbst enthalten oder wenigstens solche tatsächliche oder rechtliche Vorgänge bekunden, die Ausgangspunkt der Schlußfolgerung auf den Rechtsakt selbst sind. Auch hiernach richtet sich die Intensität der Beweiskraft, ja in einem bestimmten Sinne ist diese Untersuchung die prinzipale Voraussetzung für die Verwendung der Urkunde als Beweismittel überhaupt. Weil nur erhebliche Tatsachen zum Beweise zugelassen werden, ist auch nur eine solche Urkunde als Beweismittel zulässig, die sich auf einen solchen Tatbestand bezieht. Wenn die Urkunde den Streitgegenstand unmittelbar in sich verkörpert, bedarf es nurmehr ihrer Wahrnehmung, um den Richter von der Existenz desselben zu überzeugen. Der rechtserhebliche Tatbestand

[19]) Urteil des Kantonsgerichtes vom 8. Mai 1903.
[20]) Vgl. z. B. Bern 241, Luzern 141, Schwyz 215, Wallis 202, Zug E 215, Thurgau E 233, 1.

wird also durch die Urkunde direkt festgestellt. Ihrer beweisrechtlichen Bedeutung entsprechend nennt man solche Urkunden wohl auch Tatbestandsurkunden oder Augenscheinsurkunden[21]), womit man andeuten will, daß außer der Feststellung des Urkundeninhaltes eine weitere Operation nicht notwendig ist. Ihr typischer Fall bildet die sogenannte Dispositivurkunde, sie gehört ja mit zum wesentlichen Bestandteil des rechtserheblichen Tatbestandes und ist daher im Streit um diesen immer auch Streitgegenstand. Dazu kommen alle Urkunden, die irgend eine Mitteilung, über welche Streit herrscht, enthalten[22]). Gibt aber die Urkunde nur schlüssige Tatsachen, so wird ihre Beweiskraft stärker oder schwächer sein, je nachdem mit mehr oder weniger Sicherheit durch die Schlußfolgerung der Rechtsakt selbst festgestellt werden kann. Diese Art von Beweiskraft der Urkunde wird von der gesetzlichen Beweisregel über die Beweiskraft nicht berührt. Denn wo das Gesetz einer Urkunde volle Beweiskraft zusichert, erstreckt sich dieser Beweiswert nur auf den Urkundeninhalt, nicht aber darüber hinaus auf ihre Feststellungskraft inbezug auf die unmittelbar erhebliche Streitsache. Es besteht ein Unterschied zwischen der Frage, wann der Urkundeninhalt für erwahrt angesehen werden darf und der andern, welcher Beweiswert dieser Urkundeninhalt für das entscheidende Beweisthema im Prozeß hat. Diese Frage löst sich nach der engeren oder loseren Beziehung der Urkunde zum Prozeßgegenstand, jene aber nach der mehr oder weniger restlosen Erfüllung der behandelten Voraussetzungen. Natürlich wird infolge der gesetzlichen Beweiskraft der Urkunde der Streitgegenstand selbst voll bewiesen, wenn er sich im Inhalt der voll beweiskräftigen Urkunde verkörpert, wenn Urkundeninhalt und Streitsache identisch sind.

[21]) Vgl. Wach, Vorträge, p. 204.
[22]) Vgl. Fitting, p. 425, Hasler, p. 105.

II. Kapitel. Der Beweis durch Zeugen.

§ 15. Die Zeugnisfähigkeit.

Zeuge im prozeßrechtlichen Sinn ist die am Rechtsstreit unbeteiligte Person, welche über ihre eigene unmittelbare Wahrnehmung erheblicher Tatsachen aussagt[1]). Das Requisit der erheblichen Tatsache ist hier wie beim Urkundenbeweis die Voraussetzung für die prozessuale Verwertung des Zeugnisses. Die Aussage des Zeugen bezieht sich auf konkrete Tatsachen, sinnlich wahrnehmbare Einzelgeschehnisse und Zustände. Wie aber schon im Kapitel über den Beweisgegenstand hervorgehoben wurde, brauchen das nicht nur äußere Vorgänge zu sein. Auch über innere Tatsachen kann der Zeuge aussagen, so über das, was er in einem bestimmten Zeitpunkt gefühlt, empfunden, welche Eindrücke ihm ein Ereignis gemacht, welche Vorstellungen ihm dies oder jenes wachgerufen hat[2]). Der Zeuge gibt seine eigene unmittelbare Sinneswahrnehmung wieder. Diese Wahrnehmung verleiht ihm die Zeugenqualität. Das wird negativ in Art. 159 Zif. 1 dahin umschrieben, daß Personen, denen das erforderliche Geistes- oder Sinnesvermögen zur Wahrnehmung der in Frage liegenden Tatsachen zur Zeit, wo sie die Wahrnehmung gemacht haben sollen, gänzlich fehlte, in keinem Falle als Zeugen zuzulassen sind. In diesem Sinne wird auch im gewöhnlichen Leben der Begriff des Zeugen aufgefaßt. Wer bei irgend einem Vorgange zugegen war und ihn wahrgenommen hat, wird als Zeuge dieses Vorganges bezeichnet. Die Zeugeneigenschaft erwirbt man also schon mit dieser Wahrnehmung, nicht erst mit der Benennung als Zeuge durch die Partei. Daraus folgt, daß für jeden Prozeß die Zahl der Zeugen zum voraus festgelegt ist, daß die Zeugen nicht fungible Personen sind wie die Sachverständigen[3]).

Man hat vor allem in älteren Gesetzen das Erfordernis der eigenen unmittelbaren Wahrnehmung des Zeugen so interpretiert, daß der sogenannte Zeuge vom Hörensagen als für den Beweis unbrauchbar bezeichnet wurde. Unter einem Zeugnis vom Hörensagen verstehen wir die Aussage jener Person, die ihr Wissen um eine Tatsache nur aus Mitteilungen anderer geschöpft, welcher also von der Tatsache nur erzählt worden ist. Aber schon rein begrifflich ist festzuhalten, daß auch der Zeuge vom Hörensagen nur seine eigene Sinneswahrnehmung wiedergibt. Er hat eben nur die Mitteilung eines Dritten wahrgenommen, damit aber Zeugenqualität erworben. Fraglich kann nur sein, ob die von ihm bekundete Tatsache, das Gehörthaben, relevant ist. Ohne Zweifel gibt es Verhältnisse, bei welchen ein solches Hörensagen ignoriert werden muß. Ganz verfehlt aber

[1]) Vgl. Hellwig, p. 707.
[2]) Vgl. Fitting, p. 385.
[3]) Stein, privates Wissen, p. 55.

ist die Ansicht, dieses Zeugnis besitze zum vornherein einen minderen Beweiswert. In dieser Beziehung ist bezeichnend, daß die Gesetze, welche den Zeugen vom Hörensagen verpönten, dieses Beweismittel in bestimmten Fällen doch nicht entbehren konnten, vor allem für den Beweis der Unvordenklichkeit[4]). Wie in zahlreichen Fällen die Unvordenklichkeit nicht anders wie durch Zeugen vom Hörensagen festgestellt werden kann, so bildet das Hörensagen überhaupt oft nicht nur ein bedeutsames Indiz, sondern sogar einen erheblichen Tatbestand unmittelbar. Man denke an einen Verleumdungsprozeß, in welchem sich der Schadenersatzanspruch des Klägers darauf stützt, daß die Verleumdung an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit herumgeboten worden ist. So wenig wie die Erheblichkeit darf dann auch die Glaubwürdigkeit des Hörensagens zum vornherein verneint werden. „Der volkstümliche Glaube, daß ein Zeuge vom Hörensagen nur Gerüchte bekunde, trifft das Wesen der Sache nicht"[5]). In richtiger Erkenntnis hat das geltende st. gallische Gesetz die Beschränkung des testimonium de auditu fallen gelassen. Es hat sich aber doch nicht ganz frei gemacht von alten Vorstellungen. Denn wenn Art. 158,2 erklärt: „Aussagen vom Hörensagen können, je nach der Zuverlässigkeit der Quelle, unter Umständen als Anzeigen (Indizien) in Würdigung fallen", so will das Gesetz offenbar das Hörensagen nur als Indiz gelten lassen. Dies mag wohl der regelmäßige Fall sein, die Beschränkung darauf ist aber nichtsdestoweniger ungerechtfertigt. So scheinen denn jene Gesetze den einzig richtigen Weg eingeschlagen zu haben, die überhaupt keine Bestimmung über dieses Zeugnis aufstellen, es also auch dem freien richterlichen Ermessen überlassen[6]).

Das Zeugnis ist eine Erklärung an das Gericht. Diese kann an sich mündlich oder schriftlich geschehen. Im Interesse einer umfassenden Beweiswürdigung ist aber nur das mündliche Zeugnis zulässig. Nur dieses ermöglicht die Berücksichtigung aller entscheidenden Umstände. Allein auch diesem Axiom stehen zwingende Verhältnisse entgegen. Darum schließt Art. 159,2 nur jene Personen vom Zeugnis aus, welchen die Fähigkeit gänzlich abgeht, früher gemachte Wahrnehmungen in irgend einer Form verständlich mitzuteilen. Vernünftigerweise geht also jene Wahrnehmung, die ein Stummer aber des Schreibens Kundiger gemacht hat, dem Prozeß nicht verloren.

Endlich müssen die Zeugen am Streite unbeteiligte Personen sein, das heißt, sie dürfen weder die Partei- noch die Richterstellung mit ihrer Zeugenstellung vereinigen. Der Zeuge kann nicht zugleich Partei sein, weil er ja gerade darüber vernommen wird, ob die von der Partei ausgehenden Behauptungen wahr seien oder nicht. Der Zeuge sagt demnach in fremden Angelegenheiten aus, die Partei aber in

---

[4]) Vgl. Schurter, p. 252.
[5]) Stein, Grundriß, p. 171.
[6]) Vgl. Bern, Wallis, Zürich, Neuenburg, Genf, App. A.-Rh., Thurgau E.

ihren eigenen[7]). Mit dieser Differenzierung ist vereinbar, daß der Streitgenosse Zeuge sein kann über Tatsachen, die ausschließlich die Entscheidung gegenüber den andern beeinflussen. Im übrigen geht aus Art. 160 Zif. 4 und 5 hervor, daß als Zeugen einvernommen werden können sowohl der gesetzliche Vertreter als auch Beistand, Anwalt und Vollmachtträger einer Partei, ebenso „wer zum Prozeß Vollmacht zu geben oder über die Vollmachtserteilung mitzustimmen hatte". Richter und Zeuge schließen einander aus, weil der Richter jene Instanz ist, welche die Aussage des Zeugen auf ihre Glaubwürdigkeit und Erheblichkeit untersuchen muß. Es greifen hier jene Erwägungen ein, welche oben bei der Frage des privaten Wissens des Richters angestellt wurden[8]).

Auf Grund des positiven Rechtes kann nun aber bei weitem nicht jede Person, welche den aufgestellten Begriffsmerkmalen genügt, auch wirklich als Zeuge auftreten. Das Gesetz verbietet einerseits von sich aus, bestimmte Personen als Zeugen zuzulassen, anderseits aber gestattet es den Parteien, Zeugen verbindlich abzulehnen (Art. 159/60). Was die Unzulässigkeit anbelangt, haben wir bereits zwei von den fünf in Art. 159 erwähnten Gründen kennen gelernt. Diese lassen sich so umschreiben: wer aus Mangel an dem erforderlichen Geistes- oder Sinnesvermögen die Wahrnehmung der bestimmten Tatsachen nicht machen konnte oder die gemachte Wahrnehmung nicht in verständlicher Form mitzuteilen vermag, darf nicht als Zeuge zugelassen werden. Diese gesetzliche Vorschrift folgt logisch aus dem Wesen des Zeugen und müßte auch befolgt werden, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich aufgenommen hätte. Dabei ist aber Ziffer 1 (Personen, denen das erforderliche Geistes- oder Sinnesvermögen zur Wahrnehmung gänzlich fehlte . .) in dem Sinn zu interpretieren, daß nicht Geisteskrankheit schlechthin einen Unfähigkeitsgrund darstellt, sondern nur dann, wenn sie derart ist, daß auch effektiv die Möglichkeit der angeblich gemachten Wahrnehmung ausgeschlossen ist. In zweifelhaften Fällen wird der Richter Sachverständige beiziehen müssen, damit sie prüfen, ob der Zeuge zur Wahrnehmung befähigt war. Die drei übrigen Unzulässigkeitsgründe betreffen Personen, die sehr wohl alle Merkmale des Zeugen in sich vereinigen können.

Nach Ziffer 3 sind Kinder, die das 12. Altersjahr nicht zurückgelegt haben, als Zeugen auszuschließen. Diese Regelung, welche wir in vielen Gesetzen antreffen[9]), hat zum Teil ihre guten Gründe. Die Aussage eines Kindes kann sehr problematisch sein, besonders da die kindliche Phantasie leicht durch irgendwelche Umstände beeinflußt

---

[7]) Vgl. Stooß, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1880, Separatabdruck, p. 186 ff.

[8]) Vgl. oben § 1.

[9]) So Bern 244 (12 Jahre), Luzern 165 (14), Schwyz 235, Z. 2 (12), App. A.-Rh. 116 (14), Wallis 214 (14), Zug E 235, Z. 2 (12), Thurgau E 257, 3 (14).

werden kann und viele Kinder zu Uebertreibungen neigen, sobald sie merken, daß man ihrer Erzählung Beachtung und Bedeutung beimißt. Vor allem aber übt das gesamte gerichtliche Schauspiel einen nachteiligen Einfluß auf die kindliche Psyche aus. In zahlreichen Fällen ist daher der Beweiswert der kindlichen Aussage nicht derart, daß der Nachteil kompensiert würde, welchen das Kind unter Umständen durch sein Auftreten vor Gericht erleidet. Zudem handelt es sich im Zivilprozeß lediglich um private Interessen; diesen gegenüber scheint das öffentliche Interesse des Schutzes der Kinder vor irgend welchen Schädigungen zu prävalieren. So sehr man aber die Bedeutung dieser Argumente anerkennen muß, scheint die Lösung des st. gallischen Gesetzes nicht restlos gelungen zu sein. Was den Schutz des Kindes betrifft, könnte die Form der kommissarischen Einvernahme außerhalb des Gerichtes wohl verhüten, daß das Kind in allzu nahe Berührung mit dem gerichtlichen Apparat gebracht würde. Weil aber dieser Ausweg im Gesetz nicht vorgesehen ist, muß geschlossen werden, daß der Gesetzgeber zum vornherein auf die Aussage eines Kindes einen sehr geringen Wert legt. Trotzdem ist nicht in Abrede zu stellen, daß auch ein Kind unter 12 Jahren eine Tatsache ebensogut wahrzunehmen und mitzuteilen vermag wie eine erwachsene Person. Ist einmal die Form gefunden, welche die genügende Integrität des Kindes garantiert, dann sollte für die Frage, ob zuverlässige Wahrnehmung und glaubwürdige Aussage vorliegen, nicht die allzu formalistische Abgrenzung nach einem bestimmten Alter maßgebend sein. Mag es praktisch noch so selten vorkommen, daß in einem Prozeß das entscheidende Gewicht auf die Aussage eines Kindes fällt, das Gesetz sollte so abgefaßt sein, daß jeder Möglichkeit Rechnung getragen wird. Gegen eine so geartete Verwertung von Kindesaussagen kann auch der Umstand nicht geltend gemacht werden, daß durch kommissarische Einvernahme die an sich problematische Natur der Kindesaussage durch den Nachteil bloß mittelbarer Beweisaufnahme noch gesteigert werde. Wenn zwingende Gründe ein anderes Verfahren nicht gestatten, ist es immerhin noch besser, den Beweis wenigstens mittelbar als überhaupt gar nicht abzunehmen. Von diesem Standpunkt aus erscheint es allerdings als Kuriosum, wenn wir diese Regelung nicht in den neueren, sondern zum Teil ziemlich alten Gesetzen finden, wie Baselstadt (1875) § 114,2: „Kinder können Zeugnis ablegen über alle Tatsachen, deren Erkenntnis ihrem Sinnes- und Denkvermögen möglich ist“ oder Obwalden (1901) Art. 134,2: „Ueber das zur Zeugnisfähigkeit erforderliche Alter entscheidet im gegebenen Fall der Richter nach Würdigung der vorliegenden Verhältnisse“. Immerhin lassen auch Neuenburg (221) und Genf (224) die «mineurs de moins de dix-huit ans» resp. «les enfants au-dessous de l'âge de 16 ans» als Zeugen zu, aber «sans prestation de serment». Um auf das st. gallische Gesetz zurückzukommen, könnte die angesetzte Altersgrenze (12 Jahre) mit Rücksicht darauf, daß die Zeugen grundsätzlich zu be-

eidigen sind, als zu niedrig erscheinen. Es muß aber hier die Bestimmung des Art. 181 über den Parteieid Anwendung finden, wo die Eidesmündigkeit auf das 16. Altersjahr angesetzt ist. Nach zurückgelegtem 12. Altersjahr kann der Zeuge auch über Wahrnehmungen aussagen, die er vor diesem Zeitpunkt gemacht hat.

Der vierte Unzulässigkeitsgrund bezieht sich auf „Beichtväter in Hinsicht alles dessen, was ihnen in der Beichte anvertraut worden ist". Diese Gesetzesbestimmung hat besonders für die katholischen Geistlichen ihre Bedeutung, weil diese unter keinen Umständen das Beichtgeheimnis preisgeben dürfen.

Zu erwähnen ist endlich der letzte Unzulässigkeitsgrund des Art. 159 Zif. 5 für Personen, „die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßten". So wurde durch Urteil des Kantonsgerichtes vom 13. Febr. 1913 erkannt: „Die Gefahr zur eigenen Strafbarkeit aussagen zu müssen besteht für den Zeugen, der als Ehemann des Geschlechtsverkehrs mit einer dritten Frauensperson, somit des Ehebruches, bezichtigt wird". Durch diese Bestimmung soll einmal verhütet werden, daß der Zeuge in schwere Gewissenskonflikte und damit in die Versuchung gebracht wird, nicht der Wahrheit gemäß auszusagen. Andrerseits scheint auch hier das bloß private Parteiinteresse nicht zu rechtfertigen, daß ein Dritter sich unter dem gesetzlichen Zwang sieht, Tatsachen zu offenbaren, welche ihn der Strafgerichtsbarkeit ausliefern könnten. Die Rücksichtnahme auf diese Art der Geheimsphäre wird grundsätzlich auch von den übrigen Gesetzen geübt. Sie begnügen sich jedoch damit, dem Zeugen ein Recht zur Verweigerung der Aussage zu geben, stellen also keinen Unfähigkeitsgrund auf[10]). Auch wird etwa bestimmt, daß der Zeuge über Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen worden sein sollen, die Auskunft nicht verweigern darf[11]). Ob die Aussage die genannten nachteiligen Folgen hat, läßt sich an Hand des Beweissatzes objektiv und zum vornherein feststellen, so im Fall des eben zitierten Gerichtsentscheides, ferner auch dann, wenn festzustellen ist, ob eine ehrverletzende Aeußerung vom Beklagten oder vom Zeugen gemacht worden ist[12]). Darum wird der nach Art. 159 Zif. 5 unzulässige Zeuge überhaupt nicht vorgeladen[13]). Hier ist jedoch eine Einschränkung zu machen. Wenn sich das Beweisthema nicht nur in der angeblich strafbaren Handlung des Zeugen erschöpft, sondern darüber hinaus noch neutrale Tatsachen aufweist, so wird der Zeuge zur Aussage über diese Tatsachen doch vorgeladen werden müssen. In diesem Falle verhütet die Aufstellung

[10]) So Bern 247, Luzern 172, Schwyz 238, Zug E 238, App. A.-Rh. 114, Thurgau E 259, Wallis 216, Neuenburg 222.
[11]) Bern 247.
[12]) Urteil des Kantonsgerichtes, 6. März 1912.
[13]) Urteil des Kantonsgerichtes, 13. Februar 1913 und 17. März 1920.

der Zeugenunfähigkeit nicht, daß solche Zeugen dennoch vor Gericht erscheinen müssen. Deswegen ließe sich allgemein das gleiche Resultat erzielen, wenn einfach alle Personen, die zur eigenen Schande aussagen müßten, diese Aussage vor Gericht verweigern dürften, wie das in Art. 161 Zif. 3 bereits vorgesehen ist. Denn in den Aussagen zur eigenen Schande sind auch diejenigen über eigene strafbare Taten mitenthalten.

Neben den genannten fünf Unzulässigkeitsgründen kennt das st. gallische Gesetz nicht weniger wie neun Fälle, in denen die Parteien Zeugen ablehnen und damit vom Zeugnis ausschließen können (Art. 160 Zif. 1—9). Da es sich dabei im Wesentlichen um solche Personen handelt, deren Glaubwürdigkeit etwa infolge naher Beziehungen zu einer Partei oder persönlicher Interessen am Prozeß oder ähnlicher Gründe nicht allzu hoch angeschlagen wird, mag die Erörterung über diese ablehnbaren Zeugen dort erfolgen, wo von der Beweiskraft des Zeugnisses die Rede ist (vergl. § 18).

§ 16. Die Zeugnispflicht.

Die Zeugnispflicht umfaßt die dreifache Verpflichtung, vor dem Gericht zu erscheinen, daselbst auszusagen und die Aussage zu beeidigen (Art. 161, 165). Sie ist wie die Editionspflicht beim Urkundenbeweis eine öffentlichrechtliche Pflicht; denn sie besteht gegenüber dem staatlichen Gericht und ist „durch die staatliche Rechtsschutzpflicht bedingt“[1]). Ohne eine solche allgemeine Zeugnispflicht würde in zahllosen Fällen das gesamte Prozeßverfahren illusorisch gemacht, da praktisch die Zeugen eine bedeutsame Rolle spielen. Darum müßte auch ohne gesetzliche Normierung dieser Grundsatz der öffentlichrechtlichen Pflicht im Interesse einer geordneten, ihre Zwecke erfüllenden Rechtspflege aufgestellt werden. Art. 161 des st. gallischen Prozesses erklärt zwar ausdrücklich nur die Erscheinungspflicht als allgemeine „Bürgerpflicht“. Davon wird aber auch die Aussage- und Eidespflicht tangiert, weil diese regelmäßig die Verwirklichung der Erscheinungspflicht zur Voraussetzung haben. Der Ausdruck Bürgerpflicht darf nicht irreführen und die Ansicht nahelegen, daß lediglich die Kantonsbürger unter dem Zeugniszwange stehen. Schon der gleiche Artikel legt „jedermann“ diese Bürgerpflicht auf, zudem ist allgemein anerkannt, daß alle der Gerichtshoheit eines Landes unterstehenden Personen dem Rufe zur Zeugnisablegung zu folgen haben[2]). Zeugen, die

---

[1]) Vgl. Planck, p. 202, Schmidt, Lehrbuch, p. 470.

[2]) Vgl. von Schrutka, p. 219: „... der im Staate befindlichen gleichsam eine große Rechtsgemeinschaft bildenden Personen.“
Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1882, Bd. III, p. 165: „Die Zeugnispflicht ist keine Untertanenpflicht, sondern lediglich der Reflex eines Zwanges, den die Staatsgewalt zum Zwecke der Handhabung des Rechtsschutzes ausübt, sie ist ein Anwendungsfall des Gehorsams gegen die Gerichtsgewalt. Nicht die persönliche Staats-

außerhalb des Kantons wohnen, können natürlich zur Zeugnisablegung vorgeladen werden; eine Pflicht zu erscheinen besteht für sie aber nur insofern, als eine solche durch die Gesetze ihres Wohnortes normiert wird[3]).

Die Erscheinungspflicht des Zeugen ist Ausfluß des Grundsatzes unmittelbarer Beweisaufnahme. Wird die Unmittelbarkeit allgemein als die beste Form der Beweisaufnahme hingestellt, so ist sie es doch in ganz qualifiziertem Maße beim Zeugenbeweis. Voraussetzung der Erscheinungspflicht ist die „gehörige Vorladung", welche nach Maßgabe der Artikel 79/80 zu erfolgen hat[4]). Wird trotz dieser Vorladung und ohne genügende und rechtzeitige Entschuldigung der Erscheinungspflicht nicht Genüge getan, so wird der ungehorsame Zeuge mit einer Ordnungsbuße belegt und überdies der Partei für alle durch sein Nichterscheinen verursachten Kosten schadenersatzpflichtig (Art. 162,2). Solche Kosten können dadurch entstehen, daß ein neuer Termin angesetzt werden muß[5]). Jedoch bestimmt Art. 162,3, daß allfällig anwesende Zeugen gleichwohl einvernommen werden müssen. Die genannten nachteiligen Folgen schützen den Zeugen nicht vor einer wiederholten Vorladung. Das Gericht kann aber schon nach einmaliger erfolgloser Ladung die polizeiliche Vorführung anordnen, wenn nämlich anzunehmen ist, der Zeuge werde auch einer zweiten Vorladung nicht Folge leisten (Art. 162,2). Der Erscheinungspflicht entspricht das Recht des Zeugen auf Entschädigung. Die hiefür in Betracht kommende Norm findet sich in der Gebührenordnung vom 21. Dez. 1920, Art. 35.

In zweiter Linie ist der Zeuge gehalten, die ihm vom Richter vorgelegten Fragen nach bestem Wissen zu beantworten. Er hat sich über die Tatsachen so zu äußern, wie er sie wirklich wahrgenommen hat. Auch den Zeugen trifft wie die Partei eine unbedingte Wahrheitspflicht; diese geht sogar über die an die Parteibehauptungen gestellten Anforderungen hinaus. Die Partei kann nicht gezwungen werden, in ihren Behauptungen alle ihr bekannten Verhältnisse aufzudecken der Zeuge dagegen darf grundsätzlich nichts von seinem Wissen ver-

---

angehörigkeit ist eine Voraussetzung der Zeugnispflicht, sondern dieselbe trifft jeden, der tatsächlich, d. h. räumlich der Staatsgewalt unterworfen ist."

[3]) Vgl. Sträuli, Kommentar zu Zürich, Art. 114, Note 2 und 3.

[4]) Art. 79: „Alle Vorladungen werden schriftlich und in der Regel nach Formular erlassen. Dieselben sollen die Prozeßparteien, die Streitsachen, Zeit und Ort der Tagfahrt enthalten und durch die zuständige Amtsstelle unterzeichnet sein."
Art. 80: „Die Vorladung wird der Person, für die sie bestimmt ist, durch eingeschriebenen Brief, ausnahmsweise durch den Weibel zugestellt. Die Bestellung der Vorladung kann in dringenden Fällen auch telegraphisch stattfinden."

[5]) Vgl. Neuenburg, Art. 223, 2: «Celui qui fait défaut, sans cause d'empêchement légitime, est .. et peut être rendu passible des frais de la nouvelle audience à lequelle son absence aurait donné lieu.»

schweigen[6]). Um eine möglichst vollkommene Zeugenaussage zu erlangen, bestimmen manche Prozeßordnungen, daß dem Zeugen in der Ladung wenigstens summarisch mitgeteilt werde, worauf sich seine Aussage erstreckt[7]). Man wird alsdann vom Zeugen verlangen dürfen, daß er, wo es nötig ist „vor der Vernehmung von den ihm zu Gebote stehenden Mitteln zur Schärfung und Auffrischung seines Gedächtnisses (nicht aber zur Kenntnisnahme ihm aus eigener Wahrnehmung nicht bekannter Tatsachen) Gebrauch mache"[8]). Das st. gallische Gesetz sagt nicht, was die Zeugenladung enthalten muß. Es wäre also gesetzlich zulässig, daß der Zeuge ohne jede nähere Orientierung vorgeladen wird. Das mag insofern vorteilhaft sein, als dieser Zeuge viel unmittelbarer und unvoreingenommener aussagen wird, da er keine Gelegenheit hatte, sich seine Aussage erst gründlich zurechtzulegen[9]). Andrerseits kann dies gerade den Zeugen verhindern, sich in der erwähnten Weise auf eine vollständige Mitteilung vorzubereiten. Welche Art der Vorladung besser ist, läßt sich allgemein nicht feststellen. Die im konkreten Fall vorliegenden Umstände (Aussage über ein einfaches Geschehen oder über komplizierte Verhältnisse, Fähigkeit des Zeugen usw.) müssen dem Richter die Frage entscheiden helfen. Praktisch wird der Zeuge wohl meistens von der Partei informiert werden, sodaß die gerichtliche Vorladung ihm über den Streitfall weder etwas Unbekanntes mitteilen noch auch verschweigen kann.

Die grundsätzlich unbeschränkte Aussagepflicht wird sehr stark modifiziert durch das Recht der Zeugnisverweigerung, das der Gesetzgeber in gewissen Rahmen wahren muß (Art. 161 Zif. 1—3). Der Grundgedanke liegt darin, daß wegen der bloß privaten Parteiinteressen weder ein aus der Kollision ehtischer und rechtlicher Pflichten entspringender Gewissenskonflikt des Zeugen hervorgerufen noch die vom materiellen Recht geschützte Geheimsphäre an die Oeffentlichkeit gezerrt werden soll[10]). Praktisch fällt dabei noch in Betracht, daß in beiden Fällen die Gefahr wahrheitswidriger Aussage sehr groß ist, damit der Beweiswert dieser Zeugnisse sehr problematisch wird und in keinem Verhältnis zu der dem Zeugen zugemuteten Pflicht steht. Dieser auf praktischen Erwägungen beruhende Gedanke wurde in der gemeinrechtlichen Theorie fälschlicherweise in den Vordergrund gerückt, d. h. die Unglaubwürdigkeit der in den zu erörternden Verhältnissen stehenden Personen wurde präsumiert und deshalb das Zeugnisverweigerungsrecht als eine Art negativer Beweisregel auf-

[6]) Vgl. Fritzsche, Wahrheit und Lüge, p. 48.
[7]) So Bern 251, Wallis 223.
[8]) Hellwig, p. 709.
[9]) Heusler, Grundlagen, p. 317, Gaupp-Stein, p. 833, Leuch, p. 193.
[10]) Vgl. Planck, p. 205.

gefaßt[11]). Solche beweisrechtliche Erwägungen sind aber nur sekundärer Natur.

Im einzelnen bestimmt Artikel 161:

„Die Zeugnisabgabe können verweigern:

1. Der Ehegatte, der Verlobte, sowie die Blutsverwandten des Beweisgegners in der auf- und absteigenden Linie;
2. Die Personen, welche von Amtes oder Berufes wegen zur Beobachtung des Stillschweigens über ihre Amts- oder Berufshandlung verpflichtet sind, zum Beispiel Geistliche, Aerzte und Rechtsanwälte inbezug auf alles, was ihnen in ihrer amtlichen oder beruflichen Stellung anvertraut worden ist;
3. Wer zur eigenen oder zur Schande seines Ehegatten, Verlobten oder Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie aussagen müßte".

Auffallend ist zunächst in Ziffer 1, daß nur jenen Personen das Verweigerungsrecht gegeben wird, welche zum Beweisgegner in den genannten Beziehungen stehen. Ein Interessenkonflikt wird aber besonders bei ihnen vorhanden sein; denn der Beweisführer ruft sie zu seinen Zeugen auf, damit sie für ihn und gegen die ihnen nahe verbundene Gegenpartei aussagen. Soll ein Verwandter des Beweisführers zu dessen Gunsten Zeugnis ablegen, so liegt doch kein Grund vor, dieses Zeugnis wegen der Verwandtschaft zu verweigern. Uebrigens werden Verwandte des Beweisführers wohl selten als Zeugen in Frage kommen, weil gegenüber Verwandten und Verschwägerten des Beweisführers ein Ablehnungsrecht besteht (Art. 160). Der Kreis der genannten Personen ist im Vergleich mit anderen Prozeßordnungen ziemlich eng. Nur die Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie, der Ehegatte und Verlobte besitzen das Privilegium der Auskunftsverweigerung, während Brüder und Schwestern, Schwäger und Schwägerinnen und Adoptivverwandte [12]) davon ausgeschlossen sind. Diese enge Begrenzung ist jedoch im Interesse der Rechtspflege nur zu begrüßen, weil diese Personen schlechthin jede Auskunft verweigern dürfen. Das scheint nicht richtig zu sein, so besonders, wenn es sich um durchaus neutrale Tatsachen handelt wie Geburten, Verheiratungen und Sterbefälle von Familiengliedern oder um solche, die den Zeugen nur um ihrer familienrechtlichen Stellung willen bekannt sind, wie die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten[13]). Es ist aber auch unbillig, daß Personen, die zur Errichtung eines Rechtsgeschäftes usw. gerade als Zeugen beigezogen wurden, das Zeugnis später wegen naher Verwandtschaft ver-

[11]) Vgl. Beling, die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, p. 12 ff.
[12]) So z. B. Schwyz 237.
[13]) Vgl. Hellwig, p. 710, Planck, p. 205.

weigern können. Trotzdem gibt die Mehrzahl der Gesetze diesen Personen das Verweigerungsrecht im ganzen[14]). Den entgegengesetzten Standpunkt finden wir in Bern, dessen Artikel 245 das Verweigerungsrecht Verwandter und Verschwägerter nur in engem Rahmen zuläßt, nämlich nur über Tatsachen, welche die Ehre des Zeugen berühren. Von einem speziell die Verwandten privilegierenden Verweigerungsrecht kann hier kaum mehr die Rede sein; es entspricht dies aber durchaus der Tendenz des bernischen Gesetzes nach restloser Durchführung der freien Beweiswürdigung. Auch in Genf (226) können Verwandte und Verschwägerte einvernommen werden, aber sans prestation de serment und nur à titre de renseignements.

In Ziffer 2 stützt sich das Verweigerungsrecht auf das Amts- und Berufsgeheimnis. Auch dieser Bestimmung begegnen wir allgemein[15]), sie kann nichtsdestoweniger im Einzelfall zu Schwierigkeiten führen. Was zunächst das Berufsgeheimnis anbelangt, so bedeutet es die Verpflichtung gewisser Personen, im Interesse anderer Tatsachen geheimzuhalten. Seine Natur ist im materiellen Recht begründet; denn der Schutz der Geheimsphäre wird durch dieses garantiert. Das Recht des Privaten an seiner Geheimsphäre ist sogar qualifiziert, es ist ein typisches Individualrecht, weil es sich auf Güter bezieht, welche mit der Persönlichkeit an sich gegeben sind[16]). Deshalb ist es nicht richtig, wenn das Gesetz von einem Recht zur Zeugnisverweigerung jener Personen spricht, die unter dem Berufsgeheimnis stehen. Ein Recht setzt grundsätzlich die Möglichkeit voraus, zwischen seiner Ausübung und Nichtausübung wählen zu können. Wer aber durch das Berufsgeheimnis verpflichtet ist, besitzt diese Wahlbefugnis nicht. Solange der „Individualberechtigte" sein Recht besitzt[16]) ist der Geheimniswahrer schlechterdings zur Geheimhaltung verpflichtet. Will aber der Individualberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch machen oder erfordert das Interesse des Prozesses wider seinen Willen ein Eindringen in seine Geheimsphäre, dann tritt für den Geheimniswahrer die nackte Aussagepflicht auf. So spricht sich wenigstens die bei uns herrschende Auffassung aus, die in einzelnen Gesetzen deutlich zum Ausdruck gelangt[17]). Im Gegensatz dazu erklärt die französische Doktrin und Praxis das Berufsgeheimnis als eigentliches Berufsrecht, das heißt selbst der Individualberechtigte kann nicht mehr vom Berufsgeheimnis entbinden. Begründet wird diese

[14]) Vgl. Zürich 186, Luzern 161, Schwyz 237, Zug E 237, App. A.-Rh. 114, Thurgau E 259, Wallis 215.

[15]) So Zürich 187, 2, 188, Bern 246, 1, Luzern 161, Schwyz 238, Zug E 238, App. A.-Rh. 114, 115, Thurgau E 259, Wallis 216, Neuenburg 222, Genf 227.

[16]) Vgl. Giesker. Das Recht des Privaten an seiner Geheimsphäre, p. 17, 110.

[17]) Vgl. z. B. Bern 246, 1: „Das Recht der Zeugnisverweigerung entfällt, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffende Tatsache geheimzuhalten, entbunden worden ist." Ebenso Zürich 187, Ziff. 2, Schwyz 238

Auffassung damit, daß derjenige, welcher z. B. dem Arzte eine Tatsache anvertraut, sehr oft die Bedeutung der Tatsache nicht voll einzuschätzen vermag und also folgerichtig sich auch der Tragweite des Berufsgeheimnisses nicht bewußt werden kann. Die Interessen des Individualberechtigten werden gewissermaßen wider seinen Willen geschützt. Diese gegensätzliche Auffassung hat ihre praktische Bedeutung für die Frage, in welchem Umfange das Berufsgeheimnis besteht. Denn wo der materiell Berechtigte die Tragweite einer Tatsache nicht einzusehen vermag, könnte er sich durch seine formelle Erklärung, er verzichte auf die Wahrung des Geheimnisses, wider seinen Willen schwer schädigen. In diesem Sinne hat die französische Ansicht ihre guten Seiten. Allein diese Wirkung läßt sich auch mit unserer Auffassung erzielen. Denn neben dem materiellen Recht hat auch der Zivilprozeß gerade durch das Institut der Zeugnisverweigerung unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß der Schutz der Geheimsphäre den Interessen des Prozesses vorgehen muß. Wo also das Gesetz keine Ausnahme macht, ist das Interesse des Individualberechtigten durchaus in den Vordergrund gerückt. Entbindet dieser von der Schweigepflicht, dann kann nur sein wirklicher Wille maßgebend sein und dieser wird sich im Zweifel nur auf solche Tatsachen beziehen, die dem Berechtigten selbst in ihrer ganzen Bedeutung zum Bewußtsein gekommen sind. Hat demnach ein Arzt bei einer Untersuchung eine krankhafte Veranlagung des Patienten entdeckt, von welcher dieser selbst keine Ahnung hat und über welche sich der Arzt dem Patienten gegenüber aus medizinischen Gründen nicht ausspricht, so wird sich die Entbindung von der Schweigepflicht auch nicht auf diese Tatsache erstrecken können.

Für die Frage, was zivilprozessual unter das Berufsgeheimnis fallen darf, ist nicht die Stellung bestimmter Personen maßgebend, sondern einzig die gemachte Mitteilung. Denn nicht jede Tatsache, welche eine Person in ihrer beruflichen Stellung erfährt, unterliegt dem Berufsgeheimnis. Das Gesetz verlangt ausdrücklich eine bestimmt geartete Mitteilung, es spricht von anvertrauten Tatsachen. Dieser Ausdruck deutet einmal darauf hin , daß durch die Mitteilung ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Mitteilenden und dem Geheimnisempfänger geschaffen, dieser von jenem in eine ausgesprochene Vertrauensstellung gehoben wird[18]). Daraus möchte ich mit Leuch[19]) schließen, daß allgemein und also auch für den st. gallischen Prozeß nicht nur staatlich approbierte Aerzte und Medizinalpersonen und nicht nur die Seelsorger der anerkannten Kirchen, sondern alle, die von Berufes wegen sich in einer gleichartigen Vertrauensstellung befinden, vom Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen dürfen, sobald ihnen um ihrer Stellung willen Tatsachen anvertraut wurden.

[18]) Vgl. Giesker, p. 136.
[19]) Kom. zu Bern, Art. 246, Note 2.

Denn gerade hier wirkt die ratio legis — die Vermeidung schwerer Interessenkonflikte für den Zeugen — unmittelbar, weil die Bekanntgabe solcher Mitteilungen allgemeiner Ansicht nach als ein schwerer Vertrauensbruch erscheinen würde[20]). Das Wort „anvertrauen" darf andrerseits nicht in allzu enger Interpretation nur auf wirklich gemachte Mitteilungen beschränkt werden. Es liegt zweifellos im Willen des Gesetzes, daß z. B. ein Arzt auch darüber schweigt, was er bei einem Untersuch selbständig an Beobachtungen und Wahrnehmungen gemacht hat, wenn nur die erkannte Tatsache derart ist, daß ihre Offenbarung die Interessen des Patienten nachteilig beeinflussen würde. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß sich die Geheimhaltung anvertrauter Tatsachen objektiv rechtfertigen muß. Es darf nicht ausschließlich auf den Willen des Mitteilenden abgestellt werden, der die Tatsache nur unter Diskretion bekannt geben will. Bloße Allüren und Prüderie im weitesten Sinne des Wortes dürfen nicht Grund sein für das Stillschweigen gegenüber den staatlichen Organen der Rechtspflege. Verallgemeinern darf man auch hier nicht. Was in dem einen Fall als absolut harmlose Tatsache ausgesagt wird, kann unter andern Umständen schon eine Verletzung der Geheimsphäre bedeuten[21]).

Teilweise andere Gesichtspunkte sind maßgebend beim Amtsgeheimnis. Auch hier wird zwar sehr oft die Geheimhaltung privatrechtliche Interessen schützen. Soweit es sich lediglich um das Geheimnis eines Privaten handelt, gilt, was über das Berufsgeheimnis gesagt wurde. Allein schon in diesem Fall ist neben dem Privaten auch der Staat insofern interessiert, als die widerrechtliche Offenbarung des Privatgeheimnisses zugleich eine Amtspflichtverletzung darstellt. Dieses öffentliche staatliche Interesse, das dauernd oder vorübergehend die Geheimhaltung gewisser Vorgänge gebietet, steht beim Amtsgeheimnis nun regelmäßig im Vordergrund. Es liegt ein Staatsgeheimnis im weiteren Sinne vor, wo der Anspruch des eventuell geschützten Privaten nurmehr Reflexwirkung aus dem Recht des Staates gegenüber seinen Beamten darstellt[22]). Alsdann kann über die Preisgabe auch nur der Staat allein befinden. Analog dem Berufsgeheimnis fallen unter das Amtsgeheimnis nicht alle Tatsachen, welche die Amtsperson in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit wahrgenommen hat. Diese wahrgenommene Tatsache muß vielmehr in einem gewissen logischen Zusammenhang mit der Amtsausübung stehen. In diesem Sinne spricht sich die Rekurskommission in ihrem Urteil vom 6. Januar 1922 aus. In einem Forderungsprozeß hatte der Beklagte den Kläger anläßlich des Vermittlungsvorstandes beschimpft. Im nachfolgenden Satisfaktionsprozeß berief sich der Klä-

[20]) Vgl. Hellwig, p. 710.
[21]) Vgl. Giesker, p. 138.
[22]) Derselbe, ", 150.

ger auf den Vermittler als Zeugen. Die untere Instanz lehnte gestützt auf das Amtsgeheimnis die Einvernahme des Vermittlers ab. Dieser Entscheid wurde aufgehoben unter folgender Begründung: „Das Zivilrechtspflegegesetz steht auf dem Standpunkt der freien Beweisabnahme und Beweiswürdigung zum Schutze des materiellen Rechts. Der Vermittler kann daher grundsätzlich als Zeuge einvernommen werden, allerdings nur für Aussagen, welche nicht die Rechtsbegehren der Parteien, beziehungsweise den Prozeßstoff des Vorstandes an sich betreffen, also z. B. über Ehrverletzungen und Tätlichkeiten". Für die Bundesbeamten und die Mitglieder des Bundesrates tritt auch hier analog der Edition von Amtsakten die spezielle Regelung ein, wie sie im Kreisschreiben des Bundesrates vom 6. Oktober 1911[23]) vorgesehen ist. Danach bedürfen Mitglieder des Bundesrates für die Ablegung von Zeugnissen über Wahrnehmungen, die sie in ihrer amtlichen Tätigkeit gemacht haben, der Ermächtigung des Bundesrates. Ebenso ist, wo Bundesbeamte über Wahrnehmungen aussagen sollen, die sie kraft ihres Amtes oder im Amts- oder Dienstbetrieb gemacht haben, in der Weise vorzugehen, daß allem vorgängig bei der betreffenden Bundesbehörde um Entbindung der Beamten von der Pflicht der Geheimhaltung dieser Wahrnehmungen nachgesucht werden muß. Dabei sind die Punkte, über die der Beamte einvernommen werden soll, genau zu bezeichnen[24]).

Der Zeuge kann endlich nach Art. 161 Ziff. 3 als die an der Geheimhaltung unmittelbar interessierte Person selbst jene Aussagen verweigern, die ihm selbst oder seinem Ehegatten, Verlobten oder seinen Blutsverwandten in der geraden Linie zur Schande gereichen würden. Wir haben bereits gesehen, daß in Art. 159 Ziff. 5 Personen, die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßten, überhaupt vom Zeugnis ausgeschlossen werden. Ueber solche ihn gefährdende Tatsachen aussagen zu müssen, wird also ein Zeuge schwerlich in die Lage kommen. Wird er trotz seiner Unfähigkeit vorgeladen, dann kann er dieses Verweigerungsrecht anrufen, weil die Auskunft über von ihm selbst begangene strafbare Handlungen stets unter die Aussagen zur eigenen Schande fällt. Unter dem gesetzlich gebrauchten Begriff der Schande ist wohl das Negativum der vom Strafrecht geschützten Ehre zu verstehen, also alles das, was die einer Person gebührende gesellschaftliche Achtung schmälert. Dieser Rahmen kann im konkreten Fall zu weit sein. So geht es nicht an, daß ein Zeuge, welcher sich gewisser ehrenrühriger Handlungen gerühmt hat, nun plötzlich sich hinter seine Ehre verschanzt und die Aussage über eben diese Handlungen verweigern darf. Das unendlich variierende Leben zeigt aber auch hier ganz eigenartige Verhältnisse, wo

[23]) Vgl. oben § 13.
[24]) Vgl. Kreisschreiben des Justizdepartementes vom 16. Oktober 1911, Amtsblatt 1911, p. 524.

im Interesse der Gerechtigkeit der Zeuge über ehrenrührige Tatsachen nicht aussagen muß, trotzdem diese unter Umständen das Ehrgefühl des Zeugen nicht im mindesten tangieren. Das ist der Fall, wenn durch die Aussage über solche vom Zeugen selbst unternommene Handlungen für den materiell Berechtigten Prozeßverlust eintreten müßte. Darin liegt m. E. die Begründung für die sicher richtige Annahme, daß im Vaterschaftsprozeß des Kindes die uneheliche Mutter die Aussage über den Verkehr mit noch andern Männern unbedingt verweigern darf[25]). Im allgemeinen ist zu sagen, daß bei dieser Kategorie verweigerungsberechtigter Zeugen die Unglaubwürdigkeit der Aussage eine große Rolle spielt. Aber auch hier ist diese Befürchtung allein nicht ausschlaggebend, sondern der Gesetzgeber respektiert diese Art von Geheimsphäre, weil er angesichts der Kollision von Selbsterhaltungstrieb und Wahrheitspflicht den Zeugen unmöglich verpflichten kann, „gegen sein eigenes Fleisch zu wüten“[26]).

Der st. gallische Prozeß verzichtet darauf, dem Zeugen das Verweigerungsrecht zu gewähren, wenn ihm die Auskunft einen vermögensrechtlichen Nachteil bringen kann. Typisch ist der Fall, daß dem Zeugen zugemutet wird, ein Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis preiszugeben. Man könnte dieses gesetzliche Stillschweigen, resp. die daraus sich ergebende Konsequenz äußerst hart finden, besonders wenn man sie mit der Generalprivilegierung gewisser mit einer Partei verwandter Personen vergleicht. Die Praxis hat aber Mittel und Wege genug, diesen drohenden ökonomischen Schaden zu vermeiden. Es gehört mit zur richterlichen Prozeßleitung, das Gesetz so zu ergänzen, daß nicht um der Parteien willen Rechte Dritter geschmälert und verletzt werden. Wenn Art. 166 den Zeugen aus erheblichen Gründen vom persönlichen Erscheinen dispensiert, so wird auch hier eine gerechte Interessenabwägung die richterliche Prozeßleitung ermächtigen dürfen, ein Verfahren einzuschlagen, welches die Rechte des Zeugen möglichst vollkommen berücksichtigt. De lege ferenda wäre aber eine Bestimmung, wie etwa Schwyz 239: „Die Mitteilung von Berufs-, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen kann dem Zeugen nach freiem Ermessen des Gerichts erlassen werden“[27]) nur zu empfehlen.

Im Gegensatz zu den unzulässigen Zeugen müssen die verweigerungsberechtigten der Zeugenvorladung Folge leisten. Das gilt jedenfalls dort, wo das Verweigerungsrecht nicht schlechthin gegeben ist, der Richter also einerseits prüfen muß, ob die sachlichen Voraussetzungen zur Verweigerungsberechtigung vorliegen, andrerseits die Verweigerung sich nur auf bestimmte Punkte der Zeugenaussage beziehen kann. Der Zeuge wird seine Verweigerung irgendwie moti-

[25]) So Leuch zu Bern, Art. 247, Note 1 i/f.
[26]) Wach, Grundfragen, p. 35.
[27]) Aehnlich Zürich 180, Zug E 239.

vieren müssen[28]) und in seinem eigenen Interesse dem Gerichtspräsidenten frühzeitig Mitteilung machen. In besonders klaren Fällen kann natürlich der Richter den Zeugen auch vom Erscheinen entbinden. Bei der Abneigung des Gesetzgebers gegen selbständige und getrennte Behandlung irgendwelcher Vor- und Zwischenfragen[29]) sowie analog der Regelung bei verweigerter Urkundenedition wird auch über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung im Anschluß an das Beweiserkenntnis entschieden werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Zeuge nicht die Möglichkeit, auf eigene Initiative diesen Entscheid anzufechten und weiterzuziehen. Ist ein Zeuge gesetzwidrig angehalten worden, Zeugnis abzulegen, so wird darin allerdings eine solche Verletzung des Beweisrechtes liegen, die ev. zur Kassation führen kann. Dem benachteiligten Zeugen wird damit aber nicht geholfen. So scheinen auch hier jene Gesetze eine bessere Lösung gefunden zu haben, die wie Bern (248) und Schwyz (242,3) dem Zeugen ein Mittel an die Hand geben, um gegen diese richterliche Verfügung rechtzeitig aufzukommen[30]).

Die unrechtmäßige Verweigerung des Zeugnisses macht den Zeugen bußfällig, sowie dem Beweisführer schadenersatzpflichtig (Art. 163). Art. 163 spricht von beharrlicher Verweigerung, der Ordnungsbuße wird demnach eine unter Umständen mehrmalige Mahnung vorangehen müssen. In schwerwiegenden Fällen kann indessen der Zeuge auch dem Strafrichter überwiesen werden. Für den Schadenersatzanspruch des Beweisführers stellen einige Gesetze[31]) die Vermutung auf, daß das Zeugnis günstig für den Beweisführer gelautet hätte. Diese Präsumtion fand sich auch im Entwurf zum geltenden Gesetz vom Jahre 1894, sie wurde jedoch nicht in den definitiven Gesetzestext übernommen. Es wird also dem Richter überlassen, unter Würdigung aller relevanten Umstände den Schaden zu fixieren.

Zur Erscheinungspflicht und Aussagepflicht kommt die Verpflichtung des Zeugen, seine Aussage zu beeidigen. Nach Art. 165 können zwar die Parteien vom Zeugeneid entbinden, sofern „alle streitenden Teile ausdrücklich darauf verzichten". Daraus geht aber wohl hervor, daß der Gesetzgeber die Beeidigung als Regel aufstellte. Die Frage der Zeugenbeeidigung hat wie das Institut des Parteieides ihre prinzipielle Seite. Auf diese grundsätzliche Erörterung soll hier im Rahmen des Zeugeneides kurz eingetreten werden, während das Verfahren nach geltendem Recht später[32]) zu behandeln ist. Nur der

[28]) Vgl. Schwyz 241: „Ein Zeuge, welcher die Aussage .... verweigern will, hat die Gründe der Weigerung mündlich oder schriftlich dem Gerichtsvorsitzenden zu eröffnen und wenn Widerspruch erfolgt, glaubhaft zu machen."

[29]) Vgl. § 8.

[30]) Vgl. Bern, Art. 248: „Der Zeuge kann sofort nach Eröffnung des Entscheides dessen Ueberprüfung durch den Appellationshof verlangen ....."

[31]) So Bern, Art. 250, 2. Wallis 224, 2. Thurgau E 261, 2.

[32]) Vgl. unten § 17.

eine Punkt betreffend die Eidesmündigkeit mag hier berührt werden. Das Gesetz schweigt sich darüber aus und stellt nur für den Parteieid die Altersgrenze von 16 Jahren fest (Art. 181). Weil aber die Natur des Eides nicht alteriert wird, ob er als Zeugen- oder Parteieid geleistet wird, muß ohne weiteres diese Eidesmündigkeit auch auf den Zeugeneid Anwendung finden. Der Eid besteht bekanntlich in der Anrufung Gottes, des höchsten und allwissenden Wesens, zum Zeugen dafür, daß man die Wahrheit spricht. An sich stellt der Eid die absolut stärkste Beteuerung dar und bildet für den gläubigen Mensch den größten Zwang, dem man ihn unterwerfen kann. Weil die Erfahrung zeigt, daß trotz aller unzulässigen, ablehnbaren und zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen bewußt falsche Aussagen vor Gericht gemacht werden, hat sich der Gesetzgeber dieses Mittels bedient, um die Gefahr falscher Zeugnisse auf ein Minimum zu beschränken. Der Eid soll die Wahrheit des Ausgesagten garantieren. Von dieser Zweckbestimmung müssen wir ausgehen, wenn wir den Zeugeneid kritisch würdigen wollen. Ohne Zweifel konnte der Eid diese Garantiefunktion restlos erfüllen, wo der Glaube an Gott und das göttliche Strafgericht im Bewußtsein der Volksgenossen tief verankert lag. Damals wurde der Meineid allgemein als Gotteslästerung zu den schrecklichsten Uebeln gerechnet und er hatte neben dem unheilvollen Bruch mit Gott auch die Verachtung des Meineidigen in der Gesellschaft zur Folge. Wenn nun auch heute noch diese Auffassung in zahllosen Individuen fortlebt und die Ueberzeugung des Volkes den Meineidigen brandmarkt, so kann doch unmöglich geleugnet werden, daß sich das religiöse Bewußtsein gewandelt hat. Für unzählige Menschen ist der Eid nichts anderes geworden wie eine gewöhnliche Beteuerungsformel. Daraus darf allerdings nicht ohne weiteres die Wertlosigkeit des prozessualen Eides gefolgert werden. Denn oft legen auch solche Leute, die jedes Verhältnis zwischen Gott und Mensch in Abrede stellen, dem Meineid eine ganz andere Bedeutung bei wie irgend einer unter andern Beteuerungsformeln abgegebenen Falschaussage. Das mag daher kommen, daß vielleicht unbewußt immer noch die alte Ueberlieferung nachwirkt, wonach der Meineid als Ausdruck niedrigster Gesinnung betrachtet wird. Ausschlaggebend ist aber folgende Ueberlegung. Der Gesetzgeber hat den Eid als spezifisch religiösen Akt in den Prozeß eingeführt. Er muß also unbedingt Sorge tragen, daß der Eid auch heilig gehalten wird und nicht leichtfertiges und leichtsinniges Schwören zu Mißbrauch und unerträglicher Schändung führe. Darum bestraft er den Meineid als solchen und qualifiziert strafrechtlich das unter Eid abgelegte falsche Zeugnis[33]). Wo immer aber der Eid seines religiösen Gehaltes entkleidet als inhaltlich leere Beteuerungsformel geleistet wird, verschiebt sich der Schwerpunkt: Nicht mehr der Eid als solcher, sondern die auf

[33]) Vgl. Strafgesetz, Art. 80/81.

seine wahrheitswidrige Leistung gestellte Strafe wirkt abschreckend u. verhütet eventuell ein falsches Zeugnis. Nur darauf kommt es an, daß diese bestimmt geartete Aussage mit gesetzlicher Sanktion umgeben wird. Sowie aber das Hauptgewicht nicht mehr auf der bestimmten Art der Aussage, sondern auf der Strafdrohung ruht, ist es gleichgültig, in welche Form man die Aussage kleidet, ob das nun Eid, Handgelübde oder sonstwie eine Bekräftigungsformel sei. Aus dieser Kategorie muß jedoch die Eidesformel unbedingt verschwinden. Dies erfordert die Heilighaltung des Eides an sich; denn auch der strafrechtliche Schutz verhindert Meineide nicht in jedem Fall. Man vergegenwärtige sich nur einmal, wie ungeheuer schwierig es ist, einen Zeugen der bewußten Ablegung eines Falscheides zu überführen. Dieses praktische Unvermögen ergibt sich nicht nur aus der restlosen Innerlichkeit des gesamten Vorganges, sondern auch aus der Möglichkeit zahlreicher Mentalreservationen bei der Eidesablegung, vor allem bei unglücklicher Formulierung des Eidesthemas. Diesen Frevel darf der Staat umso weniger dulden, als damit das Interesse der Rechtspflege in keiner Weise gefördert wird. Daneben bewirkt die ungleiche Einstellung der einzelnen Individuen zum Eide einen Zustand störender Rechtsungleichheit; denn „ein gewissenloser Mensch kann sein Gewissen durch den Eid nicht belasten; ein tief religiöses Gemüt aber betrachtet den Eid als eine furchtbare Gewissensbelastung“[34]).

Positivrechtlich ist zu erwähnen, daß nach Art. 49 der Bundesverfassung niemand zur Ablegung des Eides gezwungen werden kann[35]). Darum sieht denn auch Art. 165 vor, daß „wer aus religiösen Gründen die Ablegung des Eides verweigert“, an dessen Stelle das Handgelübde abzulegen hat. Diese bundesrechtliche Regelung weist ihrerseits den kantonalen Gesetzgeber auf den einzig befriedigenden Weg, den Eid der Zeugen und damit die wenig glückliche Kompromißlösung der fakultativen Eides- und obligatorischen Gelübdeablegung ganz abzuschaffen und sich mit bloßer strafrechtlicher Verfolgung des falschen Zeugnisses zu begnügen. Diese Strafen müssen allerdings in strenger Form gefordert werden. Besonders aber wird der Richter hier geradezu Wunder wirken können, wenn er in autoritativer Art und Weise den Zeugen auf seine Pflicht aufmerksam macht und ihn mit seiner ganzen Persönlichkeit zu wahrheitsgetreuer Aussage beeinflußt. Ein solches Vorgehen wird in zahllosen Fällen besser wirken wie Eid und Handgelübde. Das hat treffend Heusler[36]) ausgeführt: „Ob Beeidigung oder nur Ermahnung des Zeugen vorzuziehen sei, müßte sich eigentlich nach der Qualität des Richters entscheiden. Denn die Hauptsache kommt hier auf die Persönlichkeit des

[34]) Heusler, Grundlagen, p. 303.
[35]) Vgl. Burckhardt, Kommentar der Bundesverfassung, p. 462.
[36]) Vgl. Zivilprozeß der Schweiz, p. 120.

Richters an. Ein Richter, vor dem man Respekt hat und der mit autoritativem Ernste die Ermahnung zur Wahrheit zu geben vermag, wird auf einen Zeugen mehr Eindruck machen als ein Richter, der wie eine Maschine die Eidesabnahme in aller Geschwindigkeit abtut und den Zeugen gar nicht zum Bewußtsein über den Ernst der Sache kommen läßt".

§ 17. Die Zeugenvernehmung.

Die Abnahme des Zeugenbeweises besteht in der Abhörung des Zeugen durch den Richter. Sie erfolgt für jeden Zeugen separat unter Ausschluß der übrigen und auf Grund der im Beweiserkenntnis festgestellten Beweissätze (Art. 164,1). Diese Zeugenabhörung ist ausschlaggebend für Erfolg oder Mißerfolg des gesamten Zeugenbeweises. Hier soll alles das, was den Zeugenbeweis zu einem problematischen Beweismittel stempelt, nach Möglichkeit aufgedeckt und unschädlich gemacht werden. Besonders sollte der unmittelbare, ungezwungene Verkehr zwischen Zeuge und Richter diesem ein sicheres Urteil über die Glaubwürdigkeit der Aussage ermöglichen und zu einer allseitigen Aufklärung der streitigen Punkte führen. Deshalb ist die Abhörung des Zeugen durch das urteilende Gericht selbst die grundsätzlich einzig richtige Art des Vorgehens. Der Zeuge ist nicht wie die Urkunde mortua vox, lebloses Beweismittel, dessen Inhalt ein für allemal fixiert ist und gleichen Wert behält, ob der urteilende Richter selbst oder nur sein Beauftragter es einsieht. Beim Zeugen kann die Art seines Aussagens den Beweiswert der Aussage erheblich verändern. Zudem ist ganz ausgeschlossen, daß ein ersuchter Richter, der den Zeugenbeweis abgenommen, diese persönlichen Eindrücke dem erkennenden Richter restlos getreu übermittelt. Es ist nicht ohne jede Bedeutung, wenn wir hier speziell noch einmal auf die unvergleichlichen Vorteile unmittelbarer Beweisaufnahme hinweisen. Wie Klein[1]) richtig bemerkt, nötigen praktische Schwierigkeiten dazu, den Grundsatz der unmittelbaren Zeugenabhörung von einem Müssen zu einem Sollen abzuschwächen. Wo aber das richterliche Ermessen über mittelbare oder unmittelbare Vernehmung entscheiden darf, da sollen nur wirklich wichtige Gründe zugunsten mittelbarer Zeugeneinvernahme sprechen. In diesem Sinne muß Art. 166 interpretiert werden, der gestattet, daß „Zeugen, welche wegen Krankheit, Altersschwäche, großer Entfernung oder aus andern erheblichen Gründen nicht persönlich vor Gericht erscheinen können", nur durch den Gerichtspräsidenten mit Zuzug des Gerichtsschreibers einzuvernehmen sind. Der Wert unmittelbarer Beweisaufnahme ist allerdings kein absoluter. Die allseitige Interessenabwägung, welche ja durchwegs bei zivilprozessualen Handlungen ein leitender Gedanke ist, wird unter Umständen dazu führen, daß bei unbedeutenderen Pro-

[1]) Vgl. Vorlesungen, p. 31.

zessen leichter auf unmittelbare Zeugeneinvernahme verzichtet wird. In jedem Fall sollte aber zur Beurteilung dieser Fragen von der Unmittelbarkeit als der besten Form ausgegangen werden.

Trotz der eminenten Bedeutung der Zeugeneinvernahme muß sich das Gesetz mit allgemein gehaltenen Direktiven begnügen. Die Unmenge von Imponderabilien, welche in diesem Beweisstadium einen entscheidenden Einfluß ausüben, lassen sich nicht in Gesetzesparagraphen zwängen. Umsomehr ist es Aufgabe der richterlichen Prozeßleitung, auf eine möglichst vollkommene Ausnützung dieses wichtigen Beweismittels zu dringen. Bei seinem Auftreten vor Gericht wird der Zeuge über Namen, Bürgerort, Wohnort, Geburtsdatum, Konfession, Beruf und Zivilstand befragt. Diese Bestimmung ist einmal aufgestellt im Interesse der Ordnung und Sicherheit. Das Gericht und vor allem die obere Instanz sollen sich jederzeit darüber orientieren können, von welcher Person bestimmte Aussagen gemacht wurden. Augenfällige Bedeutung hat das bei eventueller strafrechtlicher Verfolgung wegen falschen Zeugnisses. Darüber hinaus kann aber diese Befragung speziell nach dem Beruf für die Beweiswürdigung unmittelbar in Betracht fallen, da die Lebensstellung des Zeugen unter Umständen einen Schluß gestattet auf die Zuverlässigkeit seiner Wahrnehmungen. Manche Gesetze weisen übrigens den Richter ausdrücklich an, dem Zeugen „Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen“[2]). Dieser gesetzliche Hinweis ist auch im Rahmen des st. gallischen Prozesses aller Beachtung wert. Sehr oft werden die Parteien mit den Zeugen oder auch die Zeugen unter sich irgendwelche Besprechungen gehabt haben; darüber könnte sich der Richter nur zum Vorteil des gesamten Prozesses orientieren. Vor allem aber vermissen wir im st. gallischen Gesetz eine Bestimmung des Inhaltes, daß der Richter den Zeugen eindringlich auf seine Zeugenpflicht, sowie auf die strafrechtlichen Folgen eines falschen Zeugnisses aufmerksam macht. Nach dem Kommentator[3]) ist es allerdings selbstverständliche Pflicht, daß der Richter die Zeugen hierüber aufklären soll. Bei der kaum zu unterschätzenden Bedeutung einer solchen richterlichen Ermahnung hätte es sich aber sicher gelohnt, diese selbstverständliche Pflicht ins Gesetz aufzunehmen[4]). Zu dieser Aufklärung des Zeugen müssen wir hinzurechnen die Belehrung darüber, daß der Zeuge bei Vorliegen der betreffenden Gründe seine Aussage verweigern darf.

Was nun die Aussage an sich anbelangt, soll nach Art. 164 der Zeuge verhalten werden, „seine Aussagen über die streitigen Punkte,

---

2) So Schwyz 250, Zug E 249, ähnlich Zürich 202, Bern 252, Luzern 169.
3) Note 2 zu Art. 164.
4) So ausdrücklich Zürich 197, Bern 252, Luzern 176, Schwyz 248, Zug E 247, App. A.-Rh. 119, Thurgau E 264, Wallis 225, Neuenburg 234, Genf 231.

nachdem er vom Richter auf die Sache geleitet worden ist, im Zusammenhang zu machen". Damit ist das im alten Prozeß übliche Verfahren abgeschafft worden, nach welchem die Parteien verlangen konnten, daß die Zeugen auf Grund formulierter Fragen, der sogenannten Parteiöffnungen, einzuvernehmen seien. Erst wenn der Zeuge seine Erzählung beendigt hat, können Richter und Parteien aufklärende und ergänzende Fragen stellen (Art. 164,2). Die Vorzüge dieser neuen Methode sind evident. Inbezug auf die zusammenhängende Aussage zeigt die Erfahrung, „daß die Vorbedingung jeder sachgemäßen Aussage die Möglichkeit ist, sich eingehend und unbeeinflußt über den Beweispunkt auszulassen"[5]). Ferner wird der Zeuge nur dann eine solche zusammenhängende Erzählung vortragen, wenn er sich unbefangen fühlt. Darum ist mit allem Nachdruck zu fordern, daß jeder Zeuge eine solche Darstellung seines Wissens gibt. Dann allerdings wird es meistens nötig sein, daß der Richter sekundär Fragen an den Zeugen stellt. Dieses Fragerecht dient besonders zur Erforschung des Grundes, auf welchem das Wissen des Zeugen beruht[6]). Der Zeuge soll Rechenschaft ablegen über die Art und Weise, wie er die von ihm ausgesagte Tatsache erfahren hat. Für diese Vervollständigung der Zeugenaussage gibt Levin[7]) beachtenswerte Vorschläge. Die Fragen sollen kurz sein, deutlich und bestimmt lauten und nur einen bestimmten Streitpunkt umfassen. Nie dürfe der Richter vergessen, daß die innere Glaubwürdigkeit der Aussage durch Erforschung der Vorstellung, die sich der Zeuge selbst von der Sache macht und durch die Ausmittlung aller die Begebenheit begleitenden, ihr vorausgehenden und auf sie folgenden Umstände außer Zweifel zu setzen sei. Ein großer Fehler bestehe darin, immer nur den springenden Punkt der Zeugenaussage hervorzuheben, das für die Entscheidung Wesentliche aus seinem Zusammenhang zu reißen und die vom Zeugen gemachte Wahrnehmung isoliert und nicht im Verlaufe der Geschehnisse zu erfassen. Der zulässige Rahmen dieser Zeugenbefragung ergibt sich aus ihrem Zweck, Unverständliches aufzuklären und die Aussage zu vervollständigen. Die gestellten Fragen dürfen sich nicht auf Verhältnisse beziehen, die mit der Zeugenaussage in keiner Beziehung stehen. Dagegen kann die Frage nach der Zulässigkeit sogenannter Suggestivfragen nicht schlechterdings verneint werden. Suggestivfragen sind solche Fragen, durch welche eine bestimmte Antwort nahegelegt wird. Wo sie nur der Auffrischung des Gedächtnisses und der Aufhellung von Widersprüchen dienen, müssen sie wohl erlaubt sein. Immerhin ist größte Vorsicht am Platze und es ist voll beizustimmen, wenn für den Regelfall nur die sog. Bestimmungsfrage (z. B. Was haben Sie gesehen, als Sie in das Zimmer traten?) für

---

[5]) Levin p. 180.
[6]) Vgl. von Schrutka p. 223.
[7]) Prozeßleitung, p. 182.

korrekt erklärt wird[8]). Durchaus abzulehnen sind natürlich alle verfänglichen, auf Ueberlistung hinzielenden Fragen[9]). Der Richter soll vom wohlwollenden Examinator lernen, der dem Kandidaten durch Erweckung der erforderlichen, Gedächtnis fördernden Assoziationen auf die Sprünge hilft oder von dem geschickten psychiatrischen Sachverständigen, der von seinem Untersuchungsobjekt oft schwer belastende Dinge durch unerschütterliche Ruhe und namentlich Freundlichkeit herausholt[10]).

Nach dem gesetzlichen Wortlaut haben die Parteien die Möglichkeit, direkt an den Zeugen Fragen zu stellen. Das kann sehr nachteilige Folgen haben. Die Unbefangenheit des Zeugen wird ohne Zweifel stark erschüttert, wenn er den am Zeugnis unmittelbar interessierten Parteien Rede und Antwort stehen muß. Zudem wächst damit die Gefahr unzulässiger Fragestellung, die andrerseits sozusagen ausgeschlossen ist, wenn die Parteien nur durch den Richter den Zeugen befragen dürfen. Deswegen ist der Bestimmung, wie sie etwa Schwyz in 250,4 kennt: „Die Parteien haben das Recht, durch den Gerichtsvorsitzenden Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zu stellen", der Vorzug zu geben[11]). Das Recht der Parteien anwesend zu sein, liegt selbstredend in ihrer Befugnis, Fragen an den Zeugen zu richten. Schon dieser Umstand kann eine ungünstige psychologische Beeinflussung des Zeugen mit sich bringen. Offenbar hat sich aber der Gesetzgeber ausschließlich auf den Interessenstandpunkt der Parteien gestellt und alles übrige der richterlichen Prozeßleitung überlassen. Darum ist ausdrücklich vorgesehen, daß die Parteien nicht nur bei der kommissarischen, sondern auch bei der rogatorischen Zeugeneinvernahme vorzuladen sind (Art. 166). Die nachteilige Wirkung der Parteianwesenheit haben immerhin einige Gesetze im Auge. So gestattet z. B. Zürich (201) dem Richter, „Parteien und Parteivertreter, welche die Zeugen unterbrechen oder sich gegen dieselben auf unziemliche Weise benehmen oder beharrlich ordnungswidrige Fragen stellen", mit Ordnungsbuße zu belegen, während Schwyz (253) und Zug (251) neben dieser Ordnungsbuße konsequent auch die Wegweisung der Parteien während der Dauer der Einvernahme vorsehen.

Widersprechen sich die Aussagen verschiedener Zeugen über denselben Streitpunkt, dann „mag" eine Hebung dieser Widersprüche durch Konfrontation versucht werden (Art. 164,3). In psychologisch richtiger Erkenntnis scheint der Gesetzgeber keine allzu große Ueberzeugung vom Werte der Konfrontation zur Schau zu tragen. In der Tat wird sich oft bei genauer Prüfung der Zeugenaussagen ergeben,

[8]) Vgl. Levin p. 192.

[9]) Vgl. z. B. Zürich 205: „Fragen, durch welche dem Zeugen Tatbestände vorgehalten werden sollen, sind möglichst zu vermeiden. Verfängliche Fragen sind untersagt."

[10]) Vgl. Levin a. a. O.

[11]) Ebenso Zug E 249, 4. Aehnlich Bern 253.

daß der Widerspruch nur ein scheinbarer ist. Es mag auch vorkommen, daß der erste Zeuge nur die eine Seite einer Begebenheit, der zweite die andere berichtet. Jedenfalls stellt es der Gesetzgeber der pflichtbewußten richterlichen Erwägung anheim, die Gegenüberstellung der Zeugen zu veranlassen. Die Scheu vor unangenehmen Auftritten darf den Richter natürlich nicht bestimmen; irgendwelchen Einfluß auf seinen Entscheid wird man aber dem Umstand, daß die Konfrontation in zahlreichen Fällen zu widerwärtigen Szenen und zu großer Erregtheit der Zeugen führen kann, nicht absprechen dürfen, besonders wenn man bedenkt, daß gerade heftige Gemütsbewegungen den stärksten „reproduktionshemmenden" Faktor bilden[12]).

Unter den früher erwähnten Voraussetzungen, daß weder die Parteien ausdrücklich darauf verzichten noch die Zeugen sich aus religiösen Gründen weigern, folgt auf die eigentliche Abhörung der Zeugen deren Beeidigung (Art. 165). Diese Beeidigung ist einmal eine kumulative, alle Zeugen legen gemeinsam den Eid ab; dann eine assertorische, die Zeugen werden erst einvernommen und dann beeidigt. Was die gemeinsame Beeidigung anbetrifft, so scheint ein solches summarisches Verfahren m. E. der Wichtigkeit der Sache nicht sehr angemessen zu sein. Denn gerade hier besteht die Gefahr, auf welche Heusler[13]) hinweist, daß nämlich dem Zeugen die Feierlichkeit und Bedeutung seiner Schwurhandlung völlig entgeht. Der Rhythmus der Masse schwächt das Bewußtsein der vollpersönlichen Leistung. Es kann dabei nur zufälliger Art sein, daß dieser Nachteil gegebenenfalls durch die kleine Anzahl der zu beeidigenden Zeugen vermindert wird. Bei dieser Art des Vorgehens wird ohne Zweifel die Ermahnung des Richters der ausschlaggebende zur Wahrheit stimulierende Faktor sein und darum muß auch hier erneut auf diese wichtige Richterpflicht aufmerksam gemacht werden. Ob der assertorische oder promissorische, der der Einvernahme nachfolgende oder ihr vorgehende Zeugeneid besser sei, ist teilweise Streitfrage. Für die assertorische Beeidigung spricht nach Hellwig[14]) die damit gemachte gute Erfahrung, nach Kohler[14]) vor allem der Umstand, daß der Zeuge unbefangener aussagt, es auch möglich werde, nach der Aussage die wesentlichen Punkte herauszuschälen und nur über diese den Eid zu verlangen. Nach Schmidt[15]) soll dagegen der promissorische Eid einen viel intensiveren Gewissenszwang ausüben und damit eine viel größere Garantie für wahrheitsgemäße Aussage gewähren. Doch gibt auch dieser Autor zu, daß wenn die Parteien gegenüber einem Zeugen, welcher einen zuverlässigen Eindruck macht, auf den Eid verzichten, damit der „segensreiche Erfolg der Eidersparnis erreicht

[12]) Vgl. Levin, p. 195.
[13]) Vgl. § 16 p. 140.
[14]) Vgl. Hellwig p. 711, Kohler p. 322.
[15]) Schmidt, Lehrbuch, p. 485.

werde". Gerade auf diesen zuletzt erwähnten Umstand ist alle Aufmerksamkeit zu richten. Zudem erscheint es auch der freien Beweiswürdigung angepaßter zu sein, wenn man nicht durch vorgängige Beeidigung den Zeugen gewissermaßen zu einem klassischen macht, sondern den Parteien Gelegenheit gibt, ihren eventuellen Verzicht auf die Beeidigung von der größeren oder geringeren Glaubwürdigkeit des Zeugen abhängig zu machen. Die Möglichkeit, nach der Ansicht von Kohler die wesentlichen Momente der Zeugenaussage unter Eid zu stellen, ist allerdings durch die Fassung des Art. 165 ausgeschlossen.

Die Eidesformel, welche der Präsident den Zeugen zu eröffnen hat, lautet nämlich: „Ihr schwört, daß Ihr Euere Zeugenaussagen nach bestem Wissen und Gewissen, der reinen und vollen Wahrheit gemäß, ohne Rücksicht auf eigenen Vorteil oder Nachteil, keiner Partei zu lieb noch zu leid gemacht habt". Zudem ist die Art der Beeidigung gesonderter Aussagekomplexe mit der kumulativen Eidesablegung nicht gut vereinbar. Weil aber der Eid gerade für die kritischen Fälle noch Bedeutung haben kann, wäre es sicher zweckentsprechend, wenn man den Eid gerade und speziell auf diese wesentlichen Punkte beschränken würde. Damit hätte man zugleich einen weiteren Nachteil der geltenden assertorischen Zeugenbeeidigung kompensiert. Denn die allgemein gehaltene Schwurformel ermöglicht einerseits allerlei Ausflüchte und Mentalreservationen, andrerseits vermehrt sie dem gewissenhaften Zeugen die Gewissensbelastung, weil er sich vielleicht in ganz nebensächlichen, aber nichtsdestoweniger unter den gleichen Eid gestellten Punkten geirrt hat. Verfahrenstechnisch treffen diese Erwägungen auch das an Eides statt abgelegte Handgelübde. Die grundsätzlichen Bedenken gegen den Eid bleiben aber bestehen und damit der Wunsch, die Zeugeneinvernahme nicht mehr auf dem Eid, sondern auf andern Grundsätzen aufzubauen.

Endlich ist zu erwähnen, daß jede Aussage eines Zeugen und jede bei einer Konfrontation abgegebene Erklärung durch den Protokollführer im Zusammenhang niedergeschrieben, vorgelesen und vom Zeugen nach Richtigbefinden unterzeichnet werden muß (Art. 164,5). Zur nachträglichen Ueberprüfung der Beweiswürdigung ist diese Protokollierung unentbehrlich, sie wird aber schon für das erkennende Gericht unmittelbar zur Urteilsgrundlage, wenn der Zeuge nach Art. 166 außerhalb des Gerichtes einvernommen wird. Das nähere Verfahren regelt sich nach Art. 14 des Gerichtsregulatives vom Jahre 1901. Danach soll das Protokoll wörtlich abgefaßt werden, doch ist stenographische Schrift unzulässig. Was die möglichst wortgetreue Protokollierung anbelangt, ist nicht erwiesen, daß sie durchaus die beste und zuverlässigste Art darstellt. In Ermangelung des persönlichen Eindrucks kann auch eine solche Wiedergabe ein falsches Bild übermitteln. Andrerseits birgt die Protokollierung nach dem wesentlichen Inhalt die Gefahr einer durch die Subjektivität des Protokollführers

bedingten Umänderung der Zeugenaussage[16]). Ob diese „nachschaffende Geistesarbeit“[16]) oder die möglichst realistische Aufnahme des Protokolls besser sei, kann nicht allgemein verbindlich aufgestellt werden, die gerade vorliegenden Umstände müssen entscheiden.

§ 18. Die Beweiskraft des Zeugnisses.

Wie die Urkunde kann auch die Zeugenaussage sich unmittelbar auf den Streitgegenstand beziehen oder aber bloß eine für die Schlußfolgerung auf jenen erhebliche Tatsache feststellen. Je nachdem ist auch die Beweiskraft des Zeugnisses stärker oder schwächer; denn je nachdem wird der Richter mehr oder weniger genötigt, die Existenz des erheblichen Tatbestandes anzuerkennen. Bevor aber der Richter diesen letzten Endes entscheidenden Feststellungswert, die Relevanz des Zeugenbeweises, prüfen kann, muß er die gewissermaßen primäre Beweiskraft des Zeugnisses untersuchen, das ist die Intensität jener Gründe, welche das Zeugnis für die Wahrheit des ihm eigentümlichen Beweisthemas, nämlich seines Inhaltes erbringt. Nur in dem einen Fall, wo dieses Beweisthema sich mit dem Hauptbeweisthema des Prozesses zufällig deckt, ist mit der Entscheidung über die primäre Beweiskraft der endgültige Feststellungswert des Zeugnisses direkt und ohne weitere Operation gegeben. Ueber diese Relevanz des Zeugnisses ist weiters nichts zu sagen. Darum beschränken wir uns auf die primäre Beweiskraft des Zeugnisses. Sie ist vor allem abhängig von zwei Faktoren: von der Glaubwürdigkeit der Aussage und von der Glaubwürdigkeit der Person.

Was den ersten Punkt anbelangt, muß einmal aus der Aussage mit aller Deutlichkeit hervorgehen, daß der Zeuge auf Grund zuverlässiger Wahrnehmung deponiert. Dies hat nicht nur zur Voraussetzung, daß die betreffende Tatsache überhaupt, sondern daß sie gerade von diesem bestimmten Zeugen zu der bestimmten Zeit und an dem bestimmten Ort effektiv konnte wahrgenommen werden. Deshalb sind alle Umstände, welche bei der angeblichen Wahrnehmung vorlagen, gründlich zu erforschen; so die nähere oder weitere Entfernung des Zeugen von dem beobachteten Gegenstand, die Schnelligkeit des Vorganges, aber auch die damalige körperliche und geistige Beschaffenheit des Zeugen[1]). Hier mag wiederholt daran erinnert werden, daß selbst bei bloßer Wahrnehmung eine geistige Tätigkeit erforderlich ist, um die empfangenen Sinneseindrücke logisch zu ordnen und verwertbar zu machen[2]). Also muß der Zeuge notwendigerweise einen gewissen Schatz von Erfahrungen und auch einen bestimmten Grad von Urteilskraft besitzen. Bedeutungsvoll wird ferner sein, ob der Zeuge dem Vorgang zufällig beiwohnte oder ob er

[16]) Vgl. Levin p. 197.
[1]) Vgl. Levin p. 189, Planck, p. 193.
[2]) Vgl. Gaupp-Stein p. 826.

absichtlich herbeigezogen worden war. Auch darnach richtet sich vielleicht die Intensität seiner Aufmerksamkeit und damit die Zuverlässigkeit seiner Wahrnehmung. Neben diesen die Wahrnehmung unmittelbar affizierenden Momenten spielt eine nicht minder wichtige Rolle die Untersuchung darüber, ob in der Zeit zwischen Wahrnehmung und Mitteilung der Zeuge die Vorgänge unverändert im Gedächtnis behalten konnte. Es mag vorkommen, daß der Zeuge sich nicht mehr an alle Einzelheiten des Geschehnisses erinnert und dennoch bestimmt den von ihm damals empfundenen Gesamteindruck wiederzugeben vermag. Dieser Totaleindruck kann natürlich nichts anderes sein wie eine unter Umständen weitgehende Schlußfolgerung, die möglicherweise das Ergebnis einer Reihe untergeordneter Schlüsse darstellt. Der Zeuge soll aber nur über Einzeltatsachen aussagen, über die „logischen Bestandteile eines tatsächlichen Geschehens“[3]). Trotzdem darf der Richter in diesem Fall der Aussage des Zeugen nicht schlechthin den Glauben versagen, sondern hat zu untersuchen, ob er dem Zeugen die erforderliche geistige Qualität zu dieser Beurteilung zutrauen darf[4]). Erst nach diesem Befund kann er die Zeugenaussage bewerten. Nicht zuletzt spielen Phantasie und Temperament des Zeugen einen bestimmten Einfluß auf das Erinnerungsvermögen, also daß eventuell erheblich sein kann, ob der Zeuge dem männlichen oder weiblichen Geschlecht angehört[5]). Zu der zuverlässigen Wahrnehmung und der möglichst getreuen Erinnerung muß als Drittes hinzukommen eine überzeugende Art und Weise der Aussage selbst. Nach den Ergebnissen der neueren psychologischen Forschung[6]) hatte man früher in dieser Richtung des Guten zuviel getan, wenn man den sich widersprechenden, unsicher auftretenden oder befangenen und verwirrten Zeugen zum vornherein als unglaubwürdig qualifizierte. Alle diese Umstände können zweifellos den erfahrenen Richter zum Nachteil der Glaubwürdigkeit beeinflussen, müssen es aber durchaus nicht. Denn „der sichere und feste Zeuge ist nicht immer der beste, seine Aussage kann direkt erkauft sein“[7]). Jedenfalls aber muß die Aussage in ihrem Endergebnis klar und vollständig sein, um Anspruch auf irgendwelche Beweiskraft erheben zu dürfen. Die weitere Voraussetzung der Beweiskraft des Zeugnisses besteht in der Glaubwürdigkeit der Person selbst. Die eben besprochenen Verhältnisse bilden natürlich im weiteren Sinne auch für die persönliche Glaubwürdigkeit Voraussetzung. Wir fassen aber den Begriff dieser Glaubwürdigkeit enger und legen ihm moralische Bedeutung bei. Hier ist ausschließlich der Wille des Zeugen zur Wahrhaftigkeit maßgebend. Dieser Wille wird nun durch innere und

[3]) Vgl. Schmidt, Richterlicher Eid, p. 11.
[4]) Planck, p. 197.
[5]) Planck a. a. O.
[6]) Vgl. Levin § 24 und die dort zitierte Literatur.
[7]) Levin p. 185.

indirekt auch durch äußere Momente bestimmt. In erster Linie kommt es darauf an, ob der Zeuge überhaupt wahrheitsliebend ist. Nun kann er sich, ganz allgemein gesprochen, in solchen Umständen befinden, welche an seiner Wahrhaftigkeit Zweifel aufsteigen lassen. Der st. gallische Gesetzgeber ging aber soweit, daß er bei Vorliegen bestimmter Verhältnisse überhaupt mangelnde Wahrhaftigkeit vermutete und deshalb das Mißtrauen der Parteien durch das Recht der Ablehnung gewisser Personen als Zeugen offiziell schützte. Auf diese Ablehnungsgründe wurde bereits bei der Erörterung des Zeugenbegriffes kurz verwiesen. Hier mag allem vorgängig bemerkt werden, daß solche Ablehnungsgründe vielleicht vom Standpunkt der einseitig interessierten Parteien begreiflich sind, mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung lassen sie sich schlechthin nicht vereinigen[8]). Das Gericht kann unter allen Umständen erst gegenüber der abgeschlossenen Vernehmung ein maßgebendes Urteil über Glaubwürdigkeit und Bedeutung eines Zeugen abgeben[9]). Rein sachlich darf man dieser Gesetzesbestimmung nur insoweit Beachtung schenken, als sie das richterliche Ermessen ausdrücklich auf Verhältnisse aufmerksam macht, die geeignet sein können, die Beweiskraft des Zeugnisses herabzumindern und deshalb vermehrte Sorgfalt und Prüfung erheischen. Die Ablehnungsgründe des Art. 160 lassen sich in folgende Kategorien scheiden:

Ein Zeuge ist ablehnbar, verwerflich

1. wegen seiner Beziehungen zur Partei (Ziffern 1, 2, 5),
2. wegen seiner Beziehungen zur Prozeßsache (Z. 3, 4),
3. wegen seiner Beziehungen zum Gegenstand der Vernehmung (Z. 6, 7, 8),
4. wegen seines schlechten Leumundes (Z. 9).

Was die verwandtschaftlichen Beziehungen des Zeugen anbelangt, so ist hier wie beim Zeugnisverweigerungsrecht die Beschränkung auf eine Partei und zwar den Beweisführer hervorzuheben. Das Gesetz erklärt als verwerflich den Ehegatten und Verlobten des Beweisführers, seine Verwandten (Bluts-, Adoptiv- und Stiefverwandten) und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, seine Brüder und Schwestern, Schwäger und Schwägerinnen, Gegenschwäger und Gegenschwägerinnen. Wie eben angetönt, findet diese gesetzliche Einschränkung ihr Pendant in der Bestimmung des Art. 161, wo gewissen Verwandten des Beweisgegners das Recht zur Auskunftsverweigerung gewährt wird. Die Lösung ist demnach ziemlich radikal: Die Verwandten des Beweisführers unterliegen dem Ablehnungsrecht, diejenigen des Beweisgegners können jede Auskunft verweigern. Daß der Beweisgegner sein Ablehnungsrecht gegenüber

[8]) Schurter p. 265 nennt diese Bestimmungen mit vollem Recht „Ueberreste der verknöcherten gemeinrechtlichen Jurisprudenz."

[9]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 475.

den Verwandten des Beweisführers geltend macht, ist zu vermuten, nicht aber ohne weiteres, daß der Verwandte des Beweisgegners sich weigert, Zeugnis abzulegen. Der Gedanke ist gar nicht absonderlich, daß sich Verwandte gar nicht verwandtschaftlich betragen und eher zu Ungunsten ihrer Verwandten Zeugnis ablegen wollen. Es ist also im Rahmen des geltenden Rechts nicht konsequent, wenn das Gesetz das Ablehnungsrecht nur gegenüber den Verwandten des Beweisführers gibt. Wenn es schon die Verwandten des Beweisführers verdächtigt, so muß es auch jenen Verwandten des Beweisgegners mißtrauen, die sich bereit erklären, gegen ihre Verwandten auszusagen. Daß aber Verwandtschaft gleichgesetzt wird mit Unwahrhaftigkeit, ist ein unerträglicher Gedanke und eine unhaltbare Verquickung von Möglichkeit und Wirklichkeit. Wenn man zudem bedenkt, wie Freundschaften ein viel engeres Band zwischen Menschen flechten können als besonders entferntere Verwandtschaften, dann hätten folgerichtig auch diese Verhältnisse ihre Berücksichtigung finden müssen. Dies nur zum Beweis dafür, daß auch das System der verwerflichen Zeugen unmöglich alle verdächtigen Verhältnisse aufzudecken vermag und man eben doch in zahllosen Fällen der pflichtgemäßen Beweiswürdigung des Richters vertrauen muß. Diese Kritik gilt auch gegenüber Ziffer 5, wo gesetzliche Vertreter, Beistände, Anwälte und Vollmachtträger des Beweisführers als verwerfliche Zeugen behandelt werden.

Die Beziehung zur Prozeßsache charakterisiert sich darin, daß der Zeuge vom Ausgang des Prozesses einen Vor- oder Nachteil gewärtigen muß (Ziffer 3) oder daß er zum Prozeß Vollmacht zu geben oder über die Vollmachterteilung abzustimmen hatte (Ziffer 4). Ob jeder Vor- oder Nachteil genüge, wird nicht gesagt. Es kann im gegebenen Falle wohl zu Schwierigkeiten führen zu untersuchen, ob ein Zeuge in diesem Sinne am Prozeßausgang interessiert ist. So überläßt beispielsweise Schwyz 236 i/fine „die Frage, ob Mitglieder einer Genossenschaft in Prozessen derselben einen unmittelbaren und wesentlichen Vor- oder Nachteil zu gewärtigen haben" dem freien richterlichen Ermessen[10]). Trotz allem ist ja nicht die Frage des größeren oder kleineren Interesses maßgebend, sondern einzig die nach der Glaubwürdigkeit des Zeugen, für welche jene höchstens eine Vermutung, nie aber Sicherheit schaffen kann. Also zeigt auch dieser Fall mit aller wünschenswerten Deutlichkeit, daß richtigerweise auch ein solcher Zeuge dem Richter vorgeführt werden sollte.

Interessanterweise werden ferner solche Zeugen dem Ablehnungsrecht der Parteien unterworfen, die ihre Aussage ohnedies nach Art. 161 verweigern können, nämlich „wer zur eigenen oder zur Schande seines Ehegatten, Verlobten oder Blutsverwandten in der geraden Linie aussagen müßte" (Zif. 6) und wer von Amtes oder Berufes

[10]) Ebenso Zug E 236, wo aber viel allgemeiner von einem juristischen Verbande die Rede ist.

wegen zur Beobachtung des Stillschweigens über seine Amts- oder Berufshandlungen verpflichtet ist (Zif. 7). Psychologisch zu begründen wäre höchstens noch der erste Fall, sofern man nämlich annehmen wollte, daß, wenn der Zeuge freiwillig zur Schande ihm so nah verbundener Personen aussagt, er es in tendenziöser Absicht tut und übertreiben wird. Das wäre aber seinerseits im gegebenen Falle erst zu beweisen. Gegenüber den unter Amts- oder Berufsgeheimnis stehenden Personen läßt sich aber ein Ablehnungsrecht in keiner Weise rechtfertigen. Sagen diese Personen aus, so geschieht das logischerweise mit oder ohne den Willen des Geheimnisberechtigten. Wenn mit seinem Willen, dann ist es gerade ungeheuerlich, diesen Personen irgendwelche Unwahrhaftigkeit zuzumuten. Warum sollten sie die Wahrheit unterdrücken, da doch der Geheimnisberechtigte selbst die Tatsache nicht verheimlichen würde! Geschieht die Aussage ohne oder gegen den Willen des Geheimnisberechtigten, so könnte allerdings die Ablehnung durch die Parteien unter Umständen ein Delikt verhüten. Da aber so leicht unter den Mantel des Berufsgeheimnisses gesteckt werden kann, was absolut nicht darunter gehört, muß man vernünftigerweise den Richter mit der Untersuchung betrauen, ob die betreffende Tatsache unter das Geheimnis fällt. Man kann also der Partei höchstens ein unverbindliches Ablehnungsrecht gewähren, d. h. die Befugnis, den Richter auf möglicherweise ungesetzliche Aussagen aufmerksam zu machen. Auf keinen Fall aber darf man es der interessierten Partei überlassen, sich zum angeblichen Schützer des Geheimnisberechtigten aufzuwerfen und in verbindlicher Weise einen Zeugen abzulehnen, weil er nur unter Verletzung der Geheimsphäre aussagen könne. Im vermehrten Maße gilt das zuletzt Gesagte von den durch Amtsgeheimnis verpflichteten Personen. Da wird der Richter von Amtes wegen zu prüfen haben, ob sich die Aussage mit dem Amtsgeheimnis verträgt, jedenfalls sind nicht die Parteien die kompetente Stelle, darüber zu entscheiden. Man darf übrigens wohl annehmen, daß Amts- und Berufsgeheimnis von den hiezu Verpflichteten regelmäßig gewahrt werden, sodaß auch von diesem praktischen Gesichtspunkt aus ein Ablehnungsrecht gegenüber diesen Personen und das damit verbundene Mißtrauen unberechtigt sind.

Unbedenklicher kann man die Bestimmung in Zif. 8 hinnehmen, wo zu den verwerflichen Zeugen jene Personen gezählt werden, „welche wegen des abzulegenden Zeugnisses eine Belohnung oder ein Belohnungsversprechen angenommen haben". Allein es bedeutet auch hier ein allzu großes Mißtrauen gegenüber dem Richter, wenn man ihn ängstlich vor der Berührung mit solchen nun wirklich verdächtigen Zeugen bewahren will.

Der letzte Grund endlich stellt die Entscheidung über die Tauglichkeit des Zeugen wenigstens einigermaßen in das richterliche Ermessen. Auf Antrag einer Partei sind als Zeugen auszuschließen „nach dem Ermessen des Richters Personen, welche einen gerichtsnotorisch oder

amtlich ausgewiesenen schlechten Leumund besitzen" (Ziff. 9). Auf welche Weise der Richter sein Ermessen betätigen soll, ist im Urteil des Kantonsgerichtes vom 6. Nov. 1920 ausgeführt: „Für die Frage, ob der Leumund einer Person schlecht sei, kommt es weniger an auf die Tatsache der gerichtlichen Bestrafung wegen einer die niedrige Gesinnung dokumentierenden Handlung, als vielmehr darauf, ob der betreffenden Person ein Mangel an Wahrheitsliebe zur Last falle und sie infolge dieses Charakterdefektes als Zeuge keinen Glauben verdient. Denn es kann ein Zeuge trotz seines nach anderer Richtung gegebenen schlechten Leumundes Tatsachen doch richtig beobachten und, soweit er nicht als unwahrhaft beleumdet ist, aussagen". Nach der Meinung des Kantonsgerichtes soll also nur jener Zeuge ausgeschlossen werden, von dem man nach objektiver Erwägung keinen nennenswerten Erfolg erwarten kann.

In diesem von der höchsten kantonalen Gerichtsstelle ausgesprochenen Satze liegt bei näherem Zusehen eine vernichtende Kritik des gesamten Systems der verwerflichen Zeugen. Denn ausnahmslos können alle in Art. 160 genannten Personen, nicht allein die nach anderer Richtung als der Unwahrhaftigkeit schlecht beleumdeten Zeugen, im konkreten Falle ebensogut der Wahrheit gemäß aussagen wie jeder andere nicht ablehnbare Zeuge. Dies ergibt sich daraus, daß in letzter Linie der Charakter des Zeugen die wahre Aussage garantiert[11]) und man niemals aus Verhältnissen, in denen sich eine Person befindet, in vollgültiger Weise auf ihren Charakter schließen kann. In der weder psychologisch noch rechtlich haltbaren vorgängigen Bewertung des Zeugen durch das Gesetz liegt der kapitale Fehler dieses Systems. Es ist eine die Gerechtigkeit evident beeinträchtigende Maßnahme, daß die Parteien über die Zulässigkeit der Zeugen entscheiden dürfen und es so in der Hand haben , dem Beweisbelasteten vielleicht seine einzigen Beweismittel ohne jeden erheblichen Grund zu nehmen. Endlich liegt in diesem System auch ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit, da ja die Parteien in verbindlicher Weise über die Glaubwürdigkeit des Zeugen befinden, der Richter nur dann den Zeugenbeweis erheben kann, wenn ihm das der Beweisgegner gnädigst gestattet. Damit ist aber die freie Beweiswürdigung zu einem inhaltslosen Begriff geworden. Und doch gab der Regierungsrat dem geltenden Gesetz das schöne Geleitwort mit: „Das Gesetz bringt dem Richter das Recht der freien Beweiswürdigung und die Möglichkeit, seinen Entscheid auf ein nach allen Richtungen vollständiges Beweismaterial stützen zu können. Die materielle Wahrheit, welche der Richter unbeeinflußt durch beengende Formvorschriften gefunden hat, soll zu ihrem Rechte gelangen"[12]). Leider hat sich diese Tendenz gerade dort, wo es am dringendsten war, nicht verwirklicht. De legende ferenda muß unbedingt das Postulat der freien Beweiswürdigung auch im Zeugenbeweis durchdringen.

[11]) Vgl. Motive zum Entwurf der bernischen Zivilprozeßordnung.
[12]) Botschaft des Regierungsrates p. 10/11.

III. Kapitel.

Der Beweis durch Augenschein und Expertise.

§ 19. Der Beweis durch Augenschein.

Der Beweis durch Augenschein besteht darin, daß der Richter von einer festzustellenden Tatsache eigene sinnliche Wahrnehmung erhält[1]). Die Tatsache wird dem Richter nicht durch fremde Wahrnehmung überliefert, sondern ihm aus eigener Anschauung bekannt. Der Ausdruck Augenschein muß dabei extensiv interpretiert werden; denn darunter fällt alles, was der Richter mit irgend einem seiner fünf Sinne wahrnimmt. Der weitaus häufigsten Anwendung nach wird allerdings dieses Beweisverfahren mit Recht Augenschein genannt. Die richterliche Wahrnehmung als solche spielt natürlich bei allen Beweismitteln ihre bedeutsame Rolle; denn stets muß der Richter von den ihm als Beweismittel vorgestellten Objekten sinnlichen Eindruck empfangen. Unter den Augenscheinbeweis aber rechnen wir nur jene Wahrnehmung, die eine für den Beweis erhebliche Tatsache unmittelbar zum Gegenstand hat, nicht bloß ein Mittel, welches deren Existenz menschlicher Erfahrung nach sicherstellt. So nennen wir es nicht Augenschein, wenn der Richter persönlich Zeugen und Experten einvernimmt, wohl aber wenn er anläßlich einer Servitutstreitigkeit die Weganlage über die Wiese des Beklagten besichtigt[2]). Nach den früheren Erörterungen ist nun allerdings eine gleich geartete Wahrnehmung auch beim Urkundenbeweis möglich, wenn nämlich die Urkunde eine beweiserhebliche Tatsache unmittelbar in sich verkörpert. Eine Differenz besteht dann aber immer noch in der Beweisfunktion dieser Wahrnehmungsobjekte: das eigentliche Augenscheinsobjekt beweist mit seiner äußeren Beschaffenheit, während die Urkunde darüber hinaus mit ihrem Inhalte. Dieser ist der für die Urkunde spezifische Ueberzeugungsgrund, neben welchem die Wahrnehmung der Urkunde durch den Richter eine höchstens nebengeordnete Stellung einnimmt. Beim Augenschein dagegen bildet die richterliche Wahrnehmung den ausschließlichen Faktor für die richterliche Ueberzeugung; „weil der Richter das Objekt so und so sieht, ist die Behauptung der Partei wahr“[3]).

Die Tatsache, welche durch den Augenschein festgestellt werden soll, kann sowohl den unmittelbar erheblichen Tatbestand darstellen oder nur einen Schluß auf diesen gestatten. So können durch Augenschein festgestellte „augenfällige Vorkehrungen und Einrichtungen auf einem fremden Grundstück ein Indiz für den Erwerb einer Ser-

[1]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 256, Gaupp-Stein, p. 804.
[2]) Vgl. diesen Fall in der Entscheidung der Rek. Kom. vom 12. Sept. 1902.
[3]) Vgl. Hasler, p. 101.

vitut bilden“[2]). Je nachdem ist auch das Augenscheinsobjekt die Streitsache selbst oder nur ein Beweismittel, das stärkere oder schwächere Beweisgründe für die Existenz des rechtserheblichen Tatbestandes darbietet. Einen interessanten Versuch, im Gesetz selbst den Begriff des Augenscheins in dieser Richtung zu bestimmen, macht das Luzerner Gesetz in Art. 181: „Wo der Beweis eines Tatbestandes wesentlich in der streitigen Tatsache selbst enthalten ist und es der Wahrnehmung durch die Sinne bedarf, um sich von der Wahrheit einer bestrittenen Behauptung zu überzeugen, kann das Gericht einen Augenschein vornehmen“. Streng genommen dürfte man aber hier nur dann Augenschein annehmen, wenn das Augenscheinsobjekt die Streitsache selbst verkörpert und die festzustellende Tatsache den Prozeßtatbestand bildet. Die unhaltbaren Konsequenzen sprechen jedoch gegen eine solche Auslegung; denn offenbar liegt auch dann Beweis durch Augenschein vor, wenn das Gericht bei einem Autounfall die Oertlichkeiten besichtigt, trotzdem diese nicht die Streitsache selbst sind[4]).

Aus der Natur des Augenscheins folgt die eine notwendige Voraussetzung, daß die beweisbedürftige Tatsache gegenwärtig sinnlich wahrnehmbar ist, „daß der Beweissatz in einem fortdauernden Zustand der Außenwelt besteht“[5]). Wenn dies aber zutrifft, dann ist der Augenschein nicht nur die einfachste, sondern auch die beste Form des Beweises. Denn nichts wird die Ueberzeugung des Richters mehr beeinflussen, wie seine eigene Wahrnehmung, die er nicht etwa zufällig, sondern bewußt zur Feststellung bestrittener Tatsachen gemacht hat. Diese allgemeine Erfahrung hat ihren Niederschlag darin gefunden, daß sämtliche Gesetze dem Richter den Augenschein von Amtes wegen gestatten[6]). Seine qualifizierte Beweiskraft darf der Augenschein aber nur solange beanspruchen, als er nach den allgemein gültigen Grundsätzen zuverlässig ist. Der Gegenstand des Augenscheins muß nicht nur die festzustellende Tatsache in sich verkörpern, sondern auch wirklich jener Gegenstand sein, für den er ausgegeben wird[7]). Nun kommt es in der Praxis nicht selten vor, daß ein vergangenes Ereignis dem Gericht rekonstruiert wird. Die dem Augenschein eigentümliche unwiderlegliche Feststellungskraft könnte hier nur wirken, wenn außer allem Zweifel die Rekonstruktion sich genau so darstellt, wie sich das Faktum wirklich zugetragen hat. In allen andern Fällen wird man nur eine Vermutung für die Gleichförmigkeit aufstellen dürfen, eben weil die rechtswirksamen Tatsachen der Vergangenheit angehören und der Augenschein inbezug auf sein tatsächliches Objekt nicht mehr die genügende Zuverlässigkeit darbietet.

---

[4]) Vgl. Hasler, p. 100.
[5]) von Schrutka, p. 229.
[6]) Zürich 166, Bern 214, Luzern 181, Schwyz 262, Zug E 260, Thurgau E 242, App. A-Rh. 127, Wallis 235, Neuenburg 305, Genf 171.
[7]) Vgl. Kohler, p. 321, Hellwig, p. 689.

Der Augenschein dient ähnlich wie die Parteibefragung entweder dazu, Unverständliches in den Parteivorträgen aufzuklären und dem Richter ein genaues Bild von dem Streitverhältnis zu geben oder um bestrittene Tatsachen festzustellen. Von dem Augenschein informationis causa[8]) gilt, was früher über das richterliche Fragerecht ausgeführt worden ist. Weil es unbedingt notwendig ist, daß der Richter das Streitverhältnis klar erkennt, darf er nichts versäumen, was ihn in dieser Erkenntnis fördert. Aber auch die Befugnis zur selbständigen, von den Parteibegehren unabhängigen Abnahme des Augenscheinbeweises muß das richterliche Ermessen in weitem Rahmen ausnützen und sich nur dort die eigene Wahrnehmung versagen, wo andere zuverlässige Beweismittel rascher und billiger zum Ziele führen. „Der Richter soll den Augenschein in allen Fällen, wo er anwendbar ist, von Amtes wegen vornehmen, nicht nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit, sondern kraft innerer Notwendigkeit. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus dem Begriff des Augenscheins“[9]). Weil der Augenschein in jedem Falle von Amtes wegen vorgenommen werden kann, spielt die Unterscheidung in Augenschein zu bloßer Aufklärung und zum Beweise keine große Rolle mehr und wird auch im st. gallischen Gesetz nicht durchgeführt (Art. 167). Wenn aber der st. gallische Kommentator dem Richter empfiehlt[10]), den Augenschein von Amtes wegen nur als Ausnahme und erst nach der Hauptverhandlung anzuordnen, dann ist jedenfalls für den informatorischen Augenschein das Gegenteil zu fordern.

Nach Art. 168 wird der Augenschein entweder vom Gesamtgericht oder von einer Kommission oder vom Präsidenten allein vorgenommen. Soweit die Parteien den Augenschein beantragen, können sie darüber übereinkommen, welche dieser drei Instanzen tätig werden soll. Mangelt eine solche Uebereinstimmung, so entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, was zum vornherein und wohl richtigerweise von Bern (261), Luzern (182), Thurgau E. (244), Wallis (236, 238), Neuenburg (306) und Genf (274) vorgesehen ist. Praktische Erwägungen schwächen auch hier den Grundsatz der unmittelbaren Beweisaufnahme von einem Müssen zu einem Sollen ab. Denn die Augenscheinsaufnahme kann unter Umständen mit unverhältnismäßigem Aufwand an Zeit und Geld verbunden sein. Je mehr man auf die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Augenscheins hinweist, desto mehr muß man darauf achten, daß sich dieses Verfahren auf möglichst einfache und billige Weise vollziehen kann. Es wird trotz alledem in zahlreichen Fällen vorteilhafter sein, wenigstens durch einen beauftragten Richter den Augenschein vornehmen zu lassen, als dem Gericht andere, weniger wertvolle Beweismittel vorzuführen. Den

[8]) Vgl. Schruter § 17.
[9]) Heusler, Grundlagen, p. 256.
[10]) Vgl. Scherrer-Füllemann zu Art. 167 Note 1.

sich widersprechenden Interessen könnte man im gegebenen Falle dadurch gerecht werden, daß die Hauptverhandlung an den Ort des Augenscheins verlegt wird, was beispielsweise Schwyz in das Ermessen des Gerichtes stellt, sobald der Augenschein vom Gesamtgericht vorgenommen wird (Schwyz 266)[11]). Zum Augenschein werden jedenfalls nach Art. 169 die Parteien vorgeladen. Sie haben das Recht, in speziellen Vorträgen auf „die durch den Augenschein auszumittelnden Punkte hinzuweisen". In dieser Hinsicht legen Schwyz 267, Zug E. 265 und Thurgau E. 245 den Parteien ausdrücklich die Pflicht auf, sich in ihren Vorbringen auf diejenigen Punkte zu beschränken, „deren Erörterung zur richtigen Auffassung und Beurteilung des Augenscheinsobjektes dienlich ist" oder „welche sich durch die unmittelbare Wahrnehmung des Richters an Ort und Stelle erhärten lassen" (Thurgau resp. Schwyz). Zeugen und Experten werden nur auf Parteibegehren beigezogen (Art. 168,3). Liegen Einsprachen gegen solche Personen vor, so wird wohl auch in St. Gallen der Augenscheinsrichter vorläufig darüber entscheiden können, was in Schwyz (264) und Zug E. (263) vorgesehen ist. Im Gegensatz zu andern Gesetzen enthält der st. gallische Zivilprozeß auch keine Bestimmung darüber, daß bei der Augenscheinsaufnahme Pläne, Modelle und Photographien aufgenommen werden können. Gelegentlich wird sogar bestimmt, daß die Parteien die Befugnis haben, auf den Augenschein zu verzichten und sich mit der amtlichen Erstellung solcher Hülfsmittel zu begnügen (Schwyz 268,3, Zug E. 166,2). Aus Art. 168 ist arg. e. contr. zu folgern, daß nicht notwendig ein Protokoll über den Augenschein aufgenommen werden muß. Denn ein solches ist nur dann abzufassen, wenn es eine Partei beantragt. Richtigerweise wird aber der Augenscheinsrichter von sich aus ein Protokoll aufnehmen lassen, um so dem erkennenden Gericht wie auch der oberen Instanz eine sichere Grundlage für ihre Beurteilung zu geben[12]).

Wie bei den Urkunden, so erhebt sich auch beim Augenschein die Frage, wer an Sachen, die sich in seinem Gewahrsam befinden, einen gerichtlichen Augenschein dulden muß. Das st. gallische Gesetz geht ähnlich wie Zürich, Zug E., Thurgau E., Wallis, Neuenburg und Genf über diese Frage stillschweigend hinweg, während Bern (Art. 263) die Pflicht, einen Augenschein zu dulden, jedermann auferlegt, und Schwyz (262,3) die beweisführende Partei zur Erledigung der Einsprache Dritter auf den Weg des summarischen Verfahrens verweist. Die enge Verwandtschaft zwischen dem Beweis durch Augenschein und jenem durch Urkunden legt es nahe, die Bestimmungen über die Urkundeneditionspflicht analog zur Anwendung zu bringen. Es besteht

[11]) Aehnliche Bestimmungen in Zug E 264, 2, Thurgau E 243, Genf 274. Vgl. auch Leuch zu Bern Art. 261 Note 1.

[12]) Schwyz 270 verlangt ein „deutliches Protokoll, in welchem die Merkmale der streitigen Punkte genau zu beschreiben und nötigenfalls Zeichnungen und Risse und dergl. beizufügen sind."

in der Tat kein Grund, den Inhaber von Augenscheinsobjekten besser zu stellen wie den Urkundeninhaber. Eine verschiedene Behandlung könnte sich doch nicht daraus ergeben, daß bei dem einen Gegenstand die äußere Beschaffenheit und Struktur, beim andern der gedankliche Inhalt dem Gericht wertvoll ist. Nach dieser analogen Interpretation hat also auch in St. Gallen jedermann den Augenschein zu dulden. Die Partei läuft Gefahr, daß bei ihrer Weigerung das Beweisthema des Augenscheins zu ihren Ungunsten als erwahrt angesehen wird, jeder Dritte unterliegt den Strafbestimmungen wegen Widersetzlichkeit gegen amtliche Verfügungen, sowie der Schadensersatzpflicht gegenüber der beweisführenden Partei. Mit der allgemeinen Pflicht zur Duldung des Augenscheins verbinden sich aber die Einschränkungen, welche durch Recht und Billigkeit gefordert werden und welche bei der Urkundenedition bereits berührt wurden. De lege lata genügt in dieser Beziehung eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Urkundeneditionspflicht nicht. Das Gesetz stellt dort nur die eine unbefriedigende Milderung auf, daß bloß jene Stellen der Urkunde der Einsicht entzogen werden dürfen, welche den Editionspflichtigen selbst gefährden könnten und zugleich auf den Streitfall keinen Bezug haben. Gerechterweise muß aber Augenschein wie Urkundenbeweis so vorgenommen werden, daß die Geheimsphäre nach Möglichkeit respektiert wird und unversehrt bleibt, also daß eventuell Gegenpartei und Dritte vom Augenschein ausgeschlossen werden. Beim Urkundenbeweis scheint das Gesetz die zulässigen Beschränkungen abschließend aufgezählt zu haben. Beim Augenschein dagegen darf wohl mangels irgendwelcher gesetzlicher Vorschrift angewendet werden, was etwa Bern in Art. 261 bestimmt: „Soweit es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt, kann das Gericht den Ausschluß derjenigen Partei verfügen, welche nicht berechtigt ist, von dem Geheimnis Kenntnis zu nehmen", oder Thurgau E. in § 244: „Handelt es sich um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, so kann das Gericht den Ausschluß des Gegners verfügen".

Abschließend ist noch auf eine Bestimmung hinzuweisen, die schon bei anderer Gelegenheit herangezogen worden ist[13]) und der wir interessanterweise auch in Schwyz (262,2) begegnen. Nach Art. 167,2 muß nämlich dem Begehren einer Partei um Vornahme eines Augenscheins „immer entsprochen werden, wenn dasselbe vor Erlaß der Vorladungen zur gerichtlichen Hauptverhandlung gestellt wird". Erfreulich ist, daß das Gesetz den Augenschein, welcher der gerichtlichen Verhandlung vorgeht, gewissermaßen begünstigen will. Nun wird aber weiter bestimmt, daß die begehrende Partei „ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses" die Kosten für dieses Beweisverfahren zu tragen hat, wenn sich der Augenschein als überflüssig erweist. In dieser ganzen Bestimmung liegt eine Inkonsequenz, die sich durchaus

[13]) Vgl. § 11.

nicht mit dem Gedanken verträgt, daß das Gericht durch seine materielle Prozeßleitung auf ein rationelles Verfahren hinwirken muß. Wenn ein Augenschein überflüssig wird, dann soll er nicht abgenommen werden, auch wenn beide Parteien ihn verlangen. Ist aber der Beweisführer der Ueberzeugung, daß der vorgängige Augenschein entweder der bessern Information des Gerichtes oder gar der Feststellung bestrittener Punkte dient, so soll er sein Begehren ruhig stellen dürfen und ohne das Risiko, dadurch Schaden zu erleiden. Das Gericht hat alsdann die Pflicht, zu prüfen, ob es dieses Augenscheins bedarf. Ist es gegenteiliger Ansicht oder kann auch nur ein Erfolg nicht mit Sicherheit vorausgesehen werden, so soll das Begehren zurückgestellt werden, damit nicht nutzlose Beweisaufnahmen den Prozeß verzögern.

§ 20. Die Expertise.

Der Beweis durch Sachverständige soll dem Richter jene zur Bewertung des Tatbestandes notwendigen Kenntnisse vermitteln, welche er selbst mangels besonderer Sachkunde nicht besitzt. Wenn auch die Expertise wie jedes andere Beweisverfahren letzten Endes zur Feststellung der beweiserheblichen Tatsachen dient, so zeigt sich doch als ihr spezifisches Objekt nicht die konkrete, sondern die abstrakte, allgemeine Tatsache, der Erfahrungssatz irgend eines Lebensgebietes[1]). Dies tritt besonders deutlich zu Tage dort, wo der Experte, d. h. die Person, welcher die besondere Sachkunde eigen ist, nur den nackten Erfahrungssatz mitteilt ohne jede Beziehung zum gerade abzuurteilenden Tatbestand. Der enge logische Zusammenhang zwischen den Erfahrungssätzen als Obersätzen und den einzelnen rechtswirksamen Tatsachen als Untersätzen in der Tatsachenfeststellung und Beurteilung bewirkt indessen, daß die Expertise regelmäßig in anderer Gestalt erscheint. Der Sachverständige bietet sein „angewandtes Wissen"[2]) dar, er subsumiert die Tatsache selbst unter den allgemeinen Satz, beurteilt und begutachtet sie im eigentlichen Sinne. Dies hat natürlich zur Voraussetzung, daß der Sachverständige die Tatsache kennt. Die Art und Weise, wie er die Tatsache wahrnimmt, kann wiederum eine verschiedene sein. Unter Umständen ist die Tatsache bereits durch andere Beweismittel festgestellt worden und es bleibt dem Experten lediglich die Aufgabe, auf Grund seiner Fachkenntnisse deren Beweiswert zu erforschen[3]). Häufiger wird es sein, daß die Expertise gleichzeitig Wahrnehmung und Beurteilung in den Prozeß einführt, entweder so, daß der Sachverständige an Stelle des Richters oder neben ihm z. B. durch Augenschein die bestrittene Tatsache feststellt und beurteilt oder daß der Sachverstän-

[1]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, p. 262.
[2]) Gaupp-Stein, p. 867.
[3]) Vgl. von Schrutka, p. 225.

dige die Tatsachen vor dem Prozeß wahrgenommen hat und sie nun im Prozeß wiedergibt und begutachtet. Im ersten Falle ist der Experte zugleich Beweisempfänger, im zweiten aber vereinigt er in sich die Funktionen eines Zeugen und Sachverständigen[4]).

Nicht als Sachverständiger dagegen ist der sogenannte sachverständige Zeuge zu bewerten. Damit wird jene Auskunftsperson bezeichnet, die zwar ihre außerprozessuale Wahrnehmung nur auf Grund ihrer besonderen Fachkenntnisse, jedoch ohne bewußte Beziehung zum gerade hängigen Prozeß, in diesem Sinne nicht geflissentlich gemacht hat und die auch kein Gutachten abgeben muß[5]). Die Eignung einer Person, Experte zu sein, genügt eben noch nicht, um ihrer Aussage den Charakter eines Gutachtens zu geben. Die klare Unterscheidung zwischen Sachverständigen und sachverständigen Zeugen wird im Gesetz dadurch verdunkelt, daß Art. 170 schon dann von einem Untersuch durch Sachverständige spricht, „wenn solche Tatsachen in Frage kommen, deren Wahrnehmung besondere Fachkenntnis erfordert". Hier scheint das in der Literatur anerkannte Unterscheidungsmerkmal zu versagen, nach welchem Sachverständiger ist, wer vor allem einen Erfahrungssatz in den Prozeß einführt, Tatsachen beurteilt und begutachtet, Zeuge aber, wer nur über seine außerprozessuale Wahrnehmung aussagt[6]). Mit Recht wird aber darauf hingewiesen, daß mit dem gesetzlichen Ausdruck „Untersuch durch Sachverständige" doch irgendwie eine beurteilende Tätigkeit auch bei scheinbar bloßer Wahrnehmung bezeichnet wird[7]). In der Tat verbindet sich im praktischen Leben eine fachmännische Wahrnehmung wohl regelmäßig mit einem fachmännischen Urteil. Damit kommen wir auf den schon einmal verfochtenen Standpunkt zurück, daß Art. 170 keineswegs die Herbeiziehung von sachverständigen Zeugen von Amtes wegen gestattet. Dies gilt m. E. auch für jene Gesetze, die wie etwa Wallis 239 und Thurgau E. 247 von Wahrnehmung oder Beurteilung auf Grund besonderer Fachkenntnisse reden, ohne dabei den Ausdruck Untersuch durch Sachverständige zu gebrauchen. Offenbar will zum mindesten mit dieser bloß wahrnehmenden Tätigkeit des Experten diejenige gemeint sein, die nicht zufällig nach Art eines Zeugen, sondern im Auftrage des Gerichtes, also geflissentlich gemacht wird. Weil der sachverständige Zeuge nur Zeuge ist, gilt die Unterscheidung zwischen ihm und dem Sachverständigen für den Zeugen allgemein. Sowie allerdings der Experte Wahrnehmung und Befund in den

---

[4]) Vgl. Hellwig, p. 717, Stein, Grundriß, p. 174/175.
[5]) Vgl. Maier, p. 49, Schurter, p. 185.
[6]) Vgl. Stein, Grundriß, p. 174, Gaupp-Stein, p. 867. Heusler, Grundlagen, p. 246, Hellwig, p. 717.
[7]) Vgl. Schurter, p. 132. Untersuchen heißt denn auch im streng logischen Sinne die Wahrheit eines noch nicht bekannten Tatbestandes nicht durch rezeptive Wahrnehmung, sondern durch produktive Forschung festzustellen. Vgl. hierüber Hasler, p. 10.

Prozeß einführt, sieht ihrem logischen Inhalte nach seine Aussage derjenigen des Zeugen sehr ähnlich. Beide sagen über eine konkrete Tatsache aus, beide haben ihre sinnliche Wahrnehmung der Tatsache unter allgemeine Oberbegriffe gestellt und so ihr Tatsachenurteil gebildet. Denn auch die Zeugenaussage ist ein Urteil, da der Zeuge zur Wiedergabe seiner Wahrnehmung diese unter gewisse Oberbegriffe ordnen muß und die empfangenen Eindrücke nicht automatisch wiedergibt. Daran ändert nichts, daß diese Denkoperation äußerst einfacher Natur ist und dem Zeugen kaum zum Bewußtsein kommt. Aber eben, das Tatsachenurteil des Zeugen beschränkt sich auf die Wiedergabe seiner Wahrnehmung, während der Sachverständige in seinem Befund über diese Reproduktion hinausgeht und die wahrgenommene Tatsache auf Grund seiner speziellen Fachkenntnisse bewertet. So wurde in einem Entscheide der Rekurskommission vom 22. Oktober 1906 erkannt, daß ein Zeuge wohl darüber aussagen kann, daß ein Pferd gehinkt, nicht aber darüber, daß dieses Hinken den Tod des Pferdes herbeigeführt habe. Durch den Zeugen erfährt der Richter, was auch er in der Lage des Zeugen hätte wahrnehmen können, der Experte aber übermittelt dem Richter, was aus Mangel an der besonderen Sachkunde weder diesem noch dem Zeugen offenbar geworden wäre. Diese Feststellung erleidet eine Ausnahme nur für den Fall, wo der Richter nicht mangels spezieller Fachkenntnisse, sondern z. B. aus Gründen der Schicklichkeit und des Anstandes, aus Besorgnis vor Gefahren usw. die Wahrnehmung von Tatsachen andern Personen überläßt[8]). Nur für diesen einen Fall ist auch der Ausdruck Sachverständiger zu eng. Die verschiedene Art ihrer Tätigkeit und ihres Wissens ergibt endlich die Unterscheidung, daß die Zeugen durch vorprozessuale Ereignisse ein für allemal bestimmt sind, während die Zahl der Experten fungibel ist[9]). Darum können nur Sachverständige, niemals aber Zeugen willkürlich gewählt werden. Die scharfe Scheidung von Sachverständigen und Zeugen äußert ihre praktische Seite darin, daß Sachverständige einmal von Amtes wegen herbeigezogen werden können und ferner eine andere Entschädigung wie die Zeugen beanspruchen.

Da die Expertise den Zweck hat, die Erfahrungssätze in den Prozeß einzuführen und diese dem Richter nicht nur für die Beurteilung der bewiesenen Tatsachen, sondern auch für die Würdigung der Beweismittel unentbehrlich sind, hat man die Beweismittelqualität der Experten angezweifelt und sie als Richtergehilfen charakterisiert[10]). Auch die Gesetze scheinen diese Ansicht zu begünstigen; denn sie regeln fast durchwegs die Ausstands- und Ablehnungsgründe bei Richter und

[8]) Vgl. von Schrutka, p. 225.
[9]) Vgl. Stein, privates Wissen, p. 55.
[10]) Vgl. Heusler, Grundlagen, p. 243, 247. Schurter, p. 124/5.

Sachverständigen gleich[11]). Gegen die Benennung als Richtergehilfen ist insoweit nichts einzuwenden, als sie zum Ausdruck bringt, daß die Experten ein anderes Material liefern wie die übrigen Beweismittel, eben jenen Prozeßstoff, auf den der Richter in erster Linie angewiesen ist. Diese Qualifizierung der Experten darf aber nicht dazu führen, sie aus der Liste der Beweismittel zu streichen und in diesem Sinne Urkunden, Zeugen und Augenschein als wesensfremd gegenüberzustellen. Abgesehen davon, daß der Sachverständige die Existenz eines Erfahrungssatzes eventuell direkt beweisen muß, liefert auch er ganz allgemein dem Richter Gründe zur Bildung seiner Ueberzeugung, erfüllt also die Erfordernisse, welche begrifflich an das Beweismittel geknüpft werden[12]). Im Geltungsbereich der freien Beweiswürdigung würde der Sachverständige nur dort aufhören Beweismittel zu sein, wo der Richter an das Gutachten ohne weiteres gebunden ist. Was nun dessen Beweiskraft anbelangt, bestimmt allerdings Art. 177, daß das Gutachten nur eines Sachverständigen oder ein in allen wesentlichen Teilen übereinstimmendes Gutachten mehrerer Sachverständigen vollen Beweis bildet, „sofern der Richter selbst die Begründung des Gutachtens als zuverlässig erkennt". Dieser wichtige Nachsatz rettet aber die Beweismittelqualität der Experten. Wenn der Richter die Begründung des Gutachtens seinerseits nachprüfen darf, so ist ihm das Gutachten eben nicht mehr bloß formaler Feststellungsakt, sondern ein Faktor, der materiell seine Ueberzeugung beeinflußt. Wie aber bereits an anderer Stelle hervorgehoben wurde[13]), hätte der Gesetzgeber ruhig auch eine so geartete Expertise ganz dem freien Ermessen des Richters anheimstellen dürfen, wie das verschiedene Gesetze ausdrücklich tun[14]) und es sich aus dem Stillschweigen derjenigen Gesetze ergibt, die die freie Beweiswürdigung allgemein statuieren[15]). Ohne Zweifel wird jeder Richter ein ihm auf Grund seines pflichtgemäßen Ermessens als zuverlässig erscheinendes Gutachten als voll beweisbildend anerkennen. Daß im übrigen die Praxis dazu neigt, auch beim Sachverständigenbeweis den Richter nicht formell zu binden, geht aus dem Urteil des Kassationsgerichtes vom 25. Oktober 1924 hervor. Es heißt da, daß der Richter in Beurteilung der Expertise frei ist und dieselbe vollen Beweis nur bildet, wenn der Richter selbst das Gutachten als voll beweiskräftig bezeichnet. Mit dieser freieren Auffassung hätte sich auch der Gesetzgeber begnügen dürfen, er wäre damit nur offenherziger zum modernen Prinzip der freien Beweiswürdigung gestanden.

---

[11]) So St. Gallen 171, Zürich 214, Bern 267, Schwyz 273, Zug E 270, Thurgau E 248, Wallis 242, Neuenburg 248, Genf 262. Eine Ausnahme machen Luzern 186 und App. A.-Rh. 129, die vom Experten die Eigenschaften eines vollgültigen Zeugen verlangen.

[12]) Vgl. Hasler, p. 112.

[13]) Vgl. oben § 5.

[14]) So App. A.-Rh. 132, Thurgau E 254. Wallis 250, Neuenburg 257.

[15]) So Zürich 101, Bern 219, Luzern 137, Schwyz 160, Zug E 154, Genf 170.

Die Idee, daß sich beim Sachverständigen die Eigenschaften von Richtergehilfen und Beweismittel nicht ausschließen, ist im Gesetze deutlich erkennbar. Der Gedanke an das Beweismittel ist maßgebend für die Bestimmung, nach welcher der übereinstimmende Vorschlag der Parteien über die Person der Sachverständigen den Richter bindet (Art. 173,2). Denn die Beweismittelbeschaffung liegt ja grundsätzlich den Parteien ob. Fehlt eine solche Uebereinstimmung, dann allerdings hat der Richter freies Wahlrecht, was von manchen Gesetzen zum vornherein vorgesehen ist[16]). Die Bedeutung der Sachverständigen als Richtergehilfen zeigt sich sodann in der Befugnis des Gerichtes, von Amtes wegen Experten beizuziehen. In dieser Beziehung finden wir bei allen Gesetzen Uebereinstimmung[17]). Durch diese Gewährung amtlicher Expertenbestellung hat der Streit, ob der Sachverständige Richtergehilfe oder nur Beweismittel sei, seine größte praktische Bedeutung verloren. Als mit seiner Aufgabe notwendig verbundene Befugnis, gibt endlich Art. 175,2 dem Experten das Recht zur freien Einsicht in die Akten.

Was das Verfahren im einzelnen anbelangt, sind etwa die folgenden Bestimmungen hervorzuheben. Die Experten werden nach Art. 172 vom zuständigen Gericht gewählt, d. h. vom Gerichtspräsidenten im Vorverfahren (Art. 202 Zif. 1), wenn beide Parteien auf das Beweismittel der Expertise abstellen und gegen die zu begutachtenden Fragen wechselseitig keine Einsprache erhoben haben, oder wenn nur eine Partei ohne Widerspruch des Gegners die Expertise verlangt, in allen übrigen Fällen vom urteilenden Gericht in Verbindung mit dem Beweisbeschluß. Damit wird zugleich der Zeitpunkt fixiert, in welchem die Expertise vorgenommen werden soll. Er bestimmt sich also darnach, ob die Parteien im allgemeinen über den Untersuch durch Sachverständige und im speziellen über die zu begutachtenden Fragen einig sind. Im schwyzerischen Gesetz zeigt sich in interessanter Weise die gesetzgeberische Tendenz, die Expertise ähnlich dem Augenschein der Hauptverhandlung vorgehen zu lassen, indem § 276 jene Partei, welche die vorgängige Einholung des Gutachtens erfolglos bestritt, in die dadurch verursachten Kosten und eventuell in eine Entschädigung an den Gegner, sowie eine Ordnungsbuße verfällt[18]).

Die gleiche Behandlung von Richter und Experten inbezug auf Ausstand und Ablehnung führt zur analogen Anwendung der Artikel 18—22. Der Experte hat in den Ausstand zu treten:

1. In Streitsachen, bei welchen er selbst, seine Verlobte, seine Frau, seine Blutsverwandten und Verschwägerten bis und mit dem vierten Grade usw. entweder als Partei beteiligt oder mit einer Rückgriffsklage bedroht sind;

---

[16]) Vgl. z. B. Zürich 213, Bern 265, Wallis 240, Neuenburg 247, Genf 259.
[17]) Vgl. Bern 264, Zürich 212, Luzern 185, Schwyz 272, Zug E 269, App. A.-Rh. 128, Thurgau E 247, Wallis 239, Neuenburg 246, Genf 258.
[18]) Ebenso Zug E 273, 2.

2. In Streitsachen von Personen, deren Vormund, Verwalter oder Geschäftsführer er ist;

3. In Streitsachen, in welchen er bereits als Beamter einer untern Instanz, Zeuge, Sachverständiger, Rechtsanwalt, Beistand oder Vollmachtträger entweder selbst gehandelt oder zu Handlungen Auftrag gegeben hat (Art. 18 Zif. 1—3).

Neben diesen eo ipso wirkenden Ausstandsgründen kann der Experte bei Vorliegen gewisser Verhältnisse von sich aus in den Ausstand treten oder abgelehnt werden; so etwa wenn er oder ihm nahe verbundene Personen vom Ausgang des Rechtsstreites einen erheblichen Vor- oder Nachteil zu erwarten haben, wenn er zu einer Partei in besonders enger Freundschaft oder in Feindschaft steht, ganz allgemein, wenn Tatsachen vorliegen, welche ihn als befangen erscheinen lassen (Art. 19 Zif. 1—5). Dazu bemerkt richtigerweise Leuch[19]), daß beim Experten mit dieser zuletzt genannten menschlichen Schwäche in erhöhtem Maße gerechnet werden muß wie beim Richter, weil dieser gewissermaßen zur Unbefangenheit erzogen werde. Also soll immer, wenn die Befangenheit nicht einwandfrei ausgeschlossen ist, der Ablehnung Folge gegeben werden, unter Umständen schon dann, wenn der Experte einer Partei bereits ein Privatgutachten in der Sache oder schon häufig Privatgutachten in andern Angelegenheiten abgegeben hat. Die Praxis möchte auch praeter legem verhüten, daß die Beziehungen zwischen dem urteilenden Richter und dem Sachverständigen allzu nahe sind. So heißt es im Amtsbericht des Justizdepartementes vom Jahre 1911: „Auch wenn an Hand von Art. 171 bezw. Art. 18/19 ein Gerichtspräsident Funktionen eines Sachverständigen einem Blutsverwandten übertragen kann, ohne daß diese Wahl anfechtbar wäre, müßte es doch als unschicklich bezeichnet werden, wenn solche Wahlen sich allzu häufig wiederholen, namentlich dann, wenn andere Sachverständige leicht und ohne wesentliche Mehrkosten erhältlich wären". Bei alldem dürfen wir den am nächsten liegenden Ablehnungsgrund nicht übersehen, der ausdrücklich bei der Regelung des Sachverständigenbeweises in Art. 171 hervorgehoben ist, nämlich das Fehlen der erforderlichen Sachkenntnis. Sollte dennoch eine solche unfähige Person als Sachverständiger amten, kann nach einigen Gesetzen „der Gerichtsvorsitzende die Sachverständigen entlassen und andere ernennen, wenn sie der ihnen gestellten Aufgabe nicht gewachsen sind"[20]). Dem gegenüber gestattet der st. gallische Prozeß dem Richter die Anordnung einer zweiten Expertise nur, wenn die mehreren Sachverständigen verschiedener Ansicht sind (Art. 176,2). Da aber Art. 177, den schon erwähnten Fall ausgenommen, und vor allem die Praxis die Beweiskraft des Gutachtens in das freie Ermessen des Richters stellen, dieser aber Experten von Amtes wegen herbeiziehen

[19]) Vgl. Note 1 zu Bern, Art. 267.
[20]) So Schwyz § 279, 1 und Zug E § 276, ähnlich Thurgau 253, 2.

kann, so wird es auch dem st. gallischen Richter möglich sein, nicht nur bei verschiedener Ansicht der Experten, sondern auch bei mangelhafter, nicht überzeugender Arbeit des einen eine zweite Expertise anzuordnen. Keinem Zweifel Raum lassen in dieser Beziehung Vorschriften, wie etwa Genf (Art. 272): «Si les juges ne sont pas suffisamment éclairés par le rapport des experts, ils pourront en ordonner un nouveau par les mêmes ou par d'autres experts»[21]).

Wenn ferner mehrere Gesetze den Parteien eine Frist ansetzen, innerhalb welcher sie eine zweite Expertise verlangen können[22]), so wird trotz des gesetzlichen Stillschweigens diese Befugnis den Parteien auch nach st. gallischem Recht zustehen. Ein solches Begehren bindet aber sowohl nach der st. gallischen als auch nach den erwähnten Zivilprozeßordnungen den Richter nicht, weil sie sämtlich die freie Beweiswürdigung und die auf eigener Initiative des Richters beruhende Zuziehung von Experten kennen. Aehnliches ist zu sagen von der im st. gallischen Prozeß fehlenden Bestimmung, daß der Richter den Sachverständigen für die Abgabe des Gutachtens eine Frist ansetzen soll[23]). Auch ohne gesetzlichen Hinweis liegt es in der Prozeßleitungspflicht des Richters begründet, daß er auch die Hinauszögerung des Expertengutachtens verhindert. Weist das Gutachten Unvollständigkeiten und Unklarheiten auf, haben Richter und Parteien die Befugnis, dasselbe ergänzen zu lassen, sowie nötigenfalls die Experten „behufs mündlicher Ergänzung und Erläuterung ihres Gutachtens" zur Schlußverhandlung vorzuladen (Art. 179), worauf bereits bei der Behandlung der Beweisabnahme hingewiesen wurde.

Nach der gesetzlichen Regel sollen drei Sachverständige ernannt werden. Jedoch können sich die Parteien über eine geringere Anzahl einigen oder die Geringfügigkeit der Streitsache die Bestellung nur eines Sachverständigen rechtfertigen (Art. 173). Die Experten werden in einer eigenen Tagfahrt durch den Gerichtspräsidenten instruiert. Die Parteien und ihre Vertreter sind vorzuladen und berechtigt, die den Experten zu unterbreitenden Fragen ihrerseits mündlich zu erläutern (Art. 175). Den Untersuch haben die Sachverständigen gemeinsam vorzunehmen und je nachdem sie in ihrem Befunde übereinstimmen oder nicht, diesen gemeinsam oder gesondert auszufertigen und zu unterzeichnen (Art. 176,1). In ihrem Urteil vom 21. Oktober 1918 hat sich die Rekurskommission über diesen gemeinsamen Untersuch der Experten ausgesprochen: „Wenn für die Beantwortung von Expertenfragen, die verschiedene Arten von Sachkenntnissen erfordern, nur eine einzige Expertenkommission ernannt wird, so geht die Meinung des Gerichtes regelmäßig dahin, es solle sich jeder Experte hauptsächlich auf dem Gebiete betätigen, für das er gerade fachkundig

[21]) Aehnlich Neuenburg 255, Vgl. auch Zürich 223, 2.
[22]) So Schwyz 281, Zug E 281, Thurgau E 253, Wallis 249, Neuenburg 254.
[23]) Vgl. z. B. Schwyz 279, Wallis 247, Neuenburg 252.

ist. Wenn eine solche Arbeitsteilung Platz greift, so entspricht dies durchaus der Natur des Expertenauftrages und es müßte die Partei, die sich mit einer solchen Erledigung der Expertise nicht einverstanden erklärt, beim Gericht eben die Bestellung von zwei verschiedenen Expertenkommissionen verlangen". Es handelte sich in casu um eine Expertise, womit ein Chemiker und ein Kaufmann betraut wurden. Im Gutachten war bemerkt, daß die kommerzielle Seite nur vom zweiten Experten bearbeitet worden sei. Der Rekurs, der sich auf Verletzung des Art. 176 berief, wurde aus den erwähnten Gründen abgewiesen.

In Uebereinstimmung mit anderen Gesetzen[24]) hat es nach st. gallischem Prozeßrecht jede Partei in der Hand, die Beeidigung der Sachverständigen zu verlangen. Eine Ausnahme besteht nur für jene Sachverständigen, welche für die in Frage liegende Art der Begutachtung zur Zeit in Amtspflicht stehen. Ausdrücklich wird aber nur das Handgelübde an Eides statt, nicht der Eid selbst verlangt und zwar in promissorischer Form des Inhaltes, daß die Experten „den erhaltenen Auftrag gewissenhaft, niemand zu lieb noch zu leid erfüllen wollen" (Art. 174). Durch diese Beteuerung soll der Sachverständige zum Ausdruck bringen, daß er sich in vollem Bewußtsein der nachteiligen Folgen, welche ihn bei nachlässiger oder doloser Erfüllung seiner Aufgabe treffen, zu ordnungsmäßiger Ausübung verpflichte. Gerade darum sind Bestimmungen, wie wir sie zum Beispiel in Zürich (217), Luzern (188), Schwyz (278), Zug E. (275), Thurgau E. (248) finden, daß nämlich der Richter in jedem Falle die Sachverständigen unter Hinweis auf die Folgen eines wissentlich unrichtigen Gutachtens zu ermahnen hat, ihr Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben, nicht so ganz überflüssig. Eine solche Vorschrift würde sich auch für das st. gallische Recht empfehlen, wenn auch hier wie beim Zeugenbeweis diese richterliche Ermahnung selbstverständliche Pflicht ist.

Ueber die Pflicht, dem Rufe als Experte zu folgen, bestimmt der st. gallische Prozeß nichts. Da aber die Ausstands- und Ablehnungsgründe abschließend aufgezählt werden, ergibt sich, daß eben alle jene Personen, bei denen diese Gründe nicht vorliegen, zur Uebernahme des Expertenauftrages verpflichtet sind. Somit besteht ähnlich wie beim Zeugenbeweis die grundsätzlich allgemeine Pflicht, dem richterlichen Rufe zu gehorchen. Die Analogie zum Zeugenbeweis scheint auch ohne weiteres gegeben und berechtigt zu sein. Tatsächlich stellen sie mehrere Gesetze ausdrücklich auf[25]). Bei näherem Zusehen zeigt sich aber doch eine Differenz, die zu erlauben scheint, daß die

[24]) Vgl. Luzern 195, Schwyz 278.

[25]) So z. B. Bern 266: „Jeder Zeugenpflichtige ist, wenn er die erforderliche Fachkenntnis besitzt und das 60. Altersjahr nicht überschritten hat, zur Uebernahme des richterlichen Auftrages verpflichtet." Aehnlich Schwyz 273, Wallis 241, Thurgau E 271.

Sachverständigen nicht dem gleichen Zwange unterworfen werden wie die Zeugen. Die Zahl dieser ist eine beschränkte, der Wegfall auch nur eines einzigen Zeugen kann von ganz erheblichem Einfluß auf den Gesamtprozeß sein. Sachverständige jedoch sind regelmäßig in ziemlich unbeschränkter Zahl vorhanden. Der Ausstand eines Experten kann niemals die weittragenden Folgen haben wie derjenige eines Zeugen und überdies ist die Expertise eine Vertrauenssache, die auch nur vertrauensvollen Personen übertragen werden soll. So stellen denn auch Zürich und Appenzell (215, resp. 130) das direkte Gegenteil der erwähnten Gesetze auf, nämlich daß mit Ausnahme der vom Staate für bestimmte Zwecke aufgestellten Experten niemand gehalten ist, den Ruf als Sachverständiger anzunehmen. Da es aber letzten Endes doch auf das zu objektiver Beurteilung verpflichtete Gericht ankommen sollte, wer als Experte zu amten hat, so ist m. E. die Lösung die bessere, die prinzipiell eine allgemeine Pflicht zur Uebernahme der Expertise aufstellt und davon die notwendigen Ausnahmen duldet. Das st. gallische Gesetz behandelt zudem richtigerweise den Sachverständigen milder als den Zeugen. Der in Betracht kommende Artikel 19 berücksichtigt so ziemlich alle Verhältnisse, bei welchen die Uebernahme der Expertise einer Person nicht zugemutet werden darf. Mit der Pflicht zur Uebernahme der Expertise verbinden sich selbstverständlich nachteilige Folgen für jede widerrechtliche Weigerung. Sie werden in St. Gallen wie in den übrigen Gesetzen für Zeugen und Experten die gleichen sein[26]). Der Entgelt für die Sachverständigen ist durch Art. 34 der Gebührenordnung vom 21. Dez. 1920 festgelegt. Für diese wie die übrigen Kosten der Expertise hat die beantragende Partei aufzukommen und den vom Gericht verlangten Vorschuß innerhalb bestimmter Frist zu hinterlegen.

Die Expertise legt aber nicht nur dem Sachverständigen Pflichten auf, sie kann wie Urkundenedition und Augenschein auch die Rechtssphäre Dritter berühren. Für den Fall, daß die Expertise an Gegenständen oder auf Gebieten Dritter vorzunehmen ist, findet sich ganz vereinzelt im schwyzerischen Gesetz die Vorschrift, daß über allfällige Einsprachen der Drittpersonen das Gericht im summarischen Verfahren entscheiden soll (§ 272,2). Allgemeine Gültigkeit muß aber der Gedanke haben, daß wie im Beweisverfahren überhaupt, so auch beim Untersuch durch Sachverständige auf die Rechte von Parteien und Dritten billige Rücksicht zu nehmen ist[27]).

---

[26]) Vgl. z. B. Bern 271, 249, Schwyz 273, 2, Zug E 270, Wallis 241, 2 Neuenburg 249, 3: „... les mêmes peines a l'exeption de la prison civile." Genf 264.

[27]) Vgl. Leuch zu Bern, Art. 264, Note 2.

IV. Kapitel. Der Beweis durch Parteieid.

§ 21. Der Parteieid im Allgemeinen.

Neben die besprochenen Beweise stellt das Gesetz als letztes, subsidiäres Mittel zur Tatbestandfeststellung den sog. richterlichen Eid (Art. 180 ff.). In zahlreichen Fällen vermögen die „natürlichen“[1]) Beweismittel, Zeugen, Urkunden und Augenschein, die Existenz einer erheblichen Tatsache nicht einwandfrei festzustellen. Deshalb sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, dem Richter ein Verfahren an die Hand zu geben, das auf jeden Fall zu einem Ziele führt. Notgedrungen war er zu diesem Zwecke auf die Parteien selbst angewiesen. Wenn alle Beweismittel versagen, so müssen wenigstens sie in der Lage sein, irgendwelche erhebliche Auskunft zu erteilen. Als die am Rechtsstreit unmittelbar Interessierten schöpfen sie ihre Kenntnis aus direkter Quelle, denn oft werden die streitigen Tatsachen in ihren eigenen Handlungen und Wahrnehmungen bestehen. Diese enge Zusammengehörigkeit von Rechtshandel und Partei ist auch maßgebend für die Gestaltung der Stoffsammlung als Parteibetrieb; die Parteien sind die natürlichsten Initianten für Behauptung und Beweis aller erheblichen Tatsachen. Während es aber bei der Stoffsammlung nur darauf ankommt, dem Richter die gegenseitige Darstellung des Tatbestandes möglichst erschöpfend vor Augen zu führen, soll hier entschieden werden, welche Darstellung auf objektiver Grundlage beruht. Daraus darf — nebenbei erwähnt — nicht geschlossen werden, daß die Parteien in ihren Behauptungen von jeder Wahrheitspflicht entbunden sind und Tatsachen anführen dürfen, denen keine reale Existenz zukommt[2]). Der Widerstreit der Parteien bringt es aber naturnotwendig mit sich, daß jede nur das ihr günstige Tatsachenmaterial vorbringt und die tatsächlichen Verhältnisse überhaupt im Lichte ihrer Interessen schildern läßt. Dabei ist nicht zu übersehen, daß es wie eine verschiedene Rechts-, so auch eine verschiedene Tatbestandsauffassung sehr wohl geben kann. Ohne daher die Parteien der Lügenhaftigkeit zu zeihen, darf der Richter den Parteibehauptungen jedenfalls keinen unbedingten Glauben schenken[3]). Soll die Parteiaussage wirklich der Feststellung bestrittener Tatsachen dienen, so muß sie unter andern Umständen und Kautelen geschehen wie die bloß behauptenden oder bestreitenden Parteierklärungen in der Stoffsammlung. Ist der Gesetzgeber zur Aufklärung strittiger Punkte in letzter Linie auf die Parteien angewiesen, so kann er doch die Mittel, die eine

---

[1]) Vgl. Schurter, p. 119.
[2]) Vgl. Fritzsche, Wahrheit und Lüge im Zivilprozeß.
[3]) Wach, Grundfragen, p. 33, sagt überhaupt keinen Glauben: „Der Richter darf den Parteibehauptungen nicht glauben. Tut er das, so begeht er eine grobe Pflichtwidrigkeit. Vgl. auch Martin, Referat am schweizerischen Juristentag 1880, Separatabdruck.

wahrheitsgemäße Parteiaussage garantieren sollen, nach seinem Gutdünken und Geschmack auswählen. Die verschiedenen Gesetze unterscheiden sich denn auch in diesem Punkte stark voneinander: Die einen begnügen sich gewissermaßen mit natürlichen Mitteln; sie geben einerseits dem Richter ein ausgedehntes Fragerecht und unterstellen andrerseits die Parteien strengster Wahrheitspflicht, die andern dagegen gehen über die Grenzen des Rechtsgebietes hinaus und lassen die Parteien ihre Aussage beschwören. Zu dieser zweiten Gruppe gehört der st. gallische Prozeß und zwar hat er den Parteieid in der Form des sog. richterlichen oder Noteides aufgenommen.

Ueber das Wesen des Eides und seine prozessuale Bedeutung wurde bereits beim Zeugeneid kurz gesprochen. Wenn schon dort, so drängt sich doch besonders bei der Behandlung des Parteieides die Frage über Sein oder Nichtsein gewaltsam in den Vordergrund. Die Bedenken, welche zum vornherein gegen den Eid sprechen, lassen sich nicht aus dem Wege räumen. Darum möge auch die grundsätzliche Erörterung derjenigen über die nähere positivrechtliche Ausgestaltung vorangehen. Unangetastet bleibt der Zweck des prozessualen Eides. Wie erwähnt, es gibt Fälle, wo nur das Mittel der unter strengste Wahrheitspflicht gestellten Parteiaussage den Prozeß zu einem Abschluß führen kann. Negativ aber lautet die Antwort auf die Frage, ob der Eid das gegebene Mittel ist, die Wahrheit der Parteiaussage zu erzwingen. Der Eid ist als durchaus religiöser Akt in den Prozeß eingeführt worden[4]). Als solcher soll er seine Kraft und Wirksamkeit zu wahrheitsgemäßer Tatbestandsfeststellung betätigen. Wert oder Unwert jeder religiösen Handlung ist aber einzig von der sie ausübenden Person abhängig. Weil nun die religiöse Einstellung der Menschen zum Eide eine grundverschiedene ist, kann auch die religiöse Wirkung des Eides keine allgemeine sein. Ein tief religiöses Gemüt mag in der Auferlegung des Eides eine furchtbare Gewissensbelastung erblicken; die ungläubige Partei entkleidet den Eid seines religiösen Gehaltes, raubt ihm damit die ihm eigentümliche Kraft und wird darum durch die Ablegung des Eides nicht im geringsten zu wahrheitsgetreuer Aussage veranlaßt. Ist diese Partei wahrhaftig, so treibt sie ihr persönliches Ehrgefühl zur Offenbarung der Wahrheit; ist sie es nicht, so wird höchstens die öffentliche Meinung, die trotz alledem den Meineidigen brandmarkt und besonders die strafrechtliche Ahndung des Falscheides eine wahre Aussage von ihr erpressen. Diese ungleiche Gewissensbelastung schafft einen Zustand frappantester Rechtsungleichheit und sollte für sich allein Grund genug sein, den Eid aus dem Prozeß zu entfernen. Dazu kommt aber als Hauptargument, daß gerade wegen der verschiedenen religiösen Einstellung der Individuen nicht die Anrufung Gottes und die Furcht vor gött-

[4]) Vgl. von Orelli, Studien zum gerichtlichen Eid, p. 11, Stooß, Referat schweizerischen Juristentag 1880, Separatabdruck, p. 204.

licher Strafe, sondern einzig die vom weltlichen Arm über den Meineidigen verhängte Strafe das ist, was in allgemeingültiger Weise dem Eide prozessuale Wirksamkeit verleihen kann. Den Eid aber nicht um seiner selbst willen, sondern nur wegen der mit ihm verbundenen wesensfremden Sanktionen im Prozeß beizubehalten, verbietet seine religiöse Natur. Endlich ist daran zu erinnern, daß auch das beste Verfahren die Gefahr eines Meineides nicht genügend beseitigen kann[5]). Der Eid muß seiner Natur nach bindende Wirkung haben. Kommt es zum Eide, so hat der Schwurpflichtige den Prozeßerfolg buchstäblich auf seinen drei Schwurfingern. Da wird sehr oft die Versuchung zu groß sein, einen schwer nachweisbaren Meineid zu leisten, besonders wenn Mentalreservationen aller Art über die Unredlichkeit in der Aussage hinwegtäuschen und auch die Formulierung des Eidesthemas Ausflüchte gestattet[6]).

Allen diesen Bedenken scheint die durchschlagende Kraft genommen zu sein, weil auf Grund des Art. 49 der Bundesverfassung[7]) niemand zur Ablegung des Eides gezwungen werden darf, vielmehr jeder Partei an Eidesstatt das Handgelübde, der sogenannte bürgerliche Eid offen stehen muß (Art. 185). Das Bedeutungsvolle liegt aber darin, daß durch das Handgelübde der Eid vollständig beseitigt wird. Schon der Name „bürgerlicher Eid" muß Widerspruch erregen, da von Eid nicht mehr die Rede sein kann, sobald das Uebernatürliche, in diesem Sinne Bürgerliche, ersetzt wird. Das Handgelübde vermag seine Wirksamkeit nur auf die ihm vom Gesetz verliehene Sanktion zu stützen, es ist nicht mehr wie eine gesetzlich approbierte und geschützte Beteuerungsformel, die mit der Religion nichts zu tun hat. Und doch wird das Handgelübde in allen jenen Fällen, wo die betreffende Partei auch im Eide eine bloß bürgerliche Formel erblickt, den gleichen Einfluß wie der Eid ausüben, nur mit dem Unterschiede, daß dadurch leichtsinniges und betrügerisches Schwören verhütet wird. So erscheint es denn doppelt motiviert, moralisch und positivrechtlich, daß der Gesetzgeber den Eid gänzlich durch das Handgelübde ersetzt, wenn er überhaupt ein formales Feststellungsmittel nicht glaubt entbehren zu können[8]).

Wenn wir soeben das Handgelübde dem Eide gegenübergestellt, so unterliegen vom Standpunkte der freien Beweiswürdigung aus beide, Eid und Handgelübde, der gleichen Kritik. Denn beide besitzen formelle Feststellungskraft und zwingen dem Richter ihr Ergebnis auf, an das er willenlos gebunden ist. „Beim Eide nötigt dazu die durchaus formale Natur, die auf das Gewissen des Schwörenden die ganze Verantwortung und Entscheidung legt und darum der kriti-

[5]) Vgl. Rudolf Schmidt, Richterlicher Eid, p. 58, 67.
[6]) Vgl. Kohler, Prozeßreform, p. 5 ff.
[7]) Vgl. oben § 16.
[8]) So hat der thurgauische Entwurf den Parteieid durch das Handgelübde ersetzt, vgl. §§ 275 ff: „Der Beweis durch Handgelübde".

schen Prüfung des Beschworenen durch den Richter keinen Raum läßt“[9]). Dem Handgelübde wird diese absolute und ausschließliche Wirkung von Gesetzes wegen beigelegt (Art. 185,2). Man darf allerdings nicht behaupten, daß die richterliche Ueberzeugung beim richterlichen Eide ganz ausgeschaltet wird. Das Gesetz fordert zwar als condicio sine qua non Parteiantrag, legt es dann aber vollständig in das Ermessen des Richters, ob er den Eid zulassen will oder nicht. Die vom Gesetz geforderte Voraussetzung, daß der Eid nur auf Grund eines Wahrscheinlichkeitsbeweises auferlegt werden darf, ist ebenfalls dazu angetan, der richterlichen Ueberzeugung auch beim Eide irgendwelche Bedeutung einzuräumen. Die Beweiswürdigung findet gewissermaßen vor der Eidesleistung statt. Der Richter erklärt der Partei, „daß er ihrer Aussage nur Glauben schenken könne, wenn sie dieselbe beeidigt; er bietet der Partei Gelegenheit, ihn zu überzeugen durch einen ihr verstatteten Eid“[10]). Hat jedoch die Partei den Eid oder das Handgelübde abgelegt, dann lastet auf dem Richter ein unerbittlicher Zwang, auch wenn ihm nachträglich noch so begründete Zweifel an der Richtigkeit der beschworenen Aussage aufsteigen. Diese peinliche Situation wird besonders dann eintreten, wenn die Partei Eid und Handgelübde verweigert und infolgedessen ganz automatisch die Gegenbehauptung in den Zustand der Unwiderleglichkeit verfällt (Art. 185,2). Dieses Resultat der Beeidigung könnte höchstens dann den Richter einigermaßen beruhigen, wenn Behauptung und Gegenbehauptung gleich wahrscheinlich sind, der Richter etwa überlegt, daß die beweisbelastete Partei durch ihren Eid ihn ebenso gut von der Wahrheit ihrer Behauptung überzeugt, wie ihre Eidesverweigerung ihm die Annahme der gegnerischen Behauptung nahelegt. Regelmäßig aber wird der Richter jener Partei den Eid bezw. das Handgelübde auferlegen, durch deren Schwur er glaubt, sich überzeugen zu können. Verweigert nun diese Partei den Eid sowohl wie das Handgelübde, so muß zwar der Richter entweder in seiner vorgängigen Beweiswürdigung, das heißt in der Auswahl des Schwurpflichtigen oder dann in der Formulierung des Eidesthemas fehlgegangen sein; denn die Verweigerung des Handgelübdes läßt sich nicht mit religiösen Bedenken motivieren, sondern nur mit dem Umstand, daß die Partei ihre Behauptung in dieser Form nicht zu bekräftigen wagt. Daraus aber ohne weiteres den Schluß ziehen wollen, daß nun das Gegenteil in Bausch und Bogen wahr sein muß, ist ein jeder Logik widersprechendes Vorgehen. Darum legt die gesetzliche Beweisregel, wonach die Nichtleistung des Eides bezw. des Handgelübdes die unwiderlegliche Annahme der Gegenbehauptung zur Folge hat, der richterlichen Ueberzeugung nicht nur unerträglichen Zwang auf, sondern wird oft auch dem materiellen Recht zum Schaden ge-

[9]) Heusler, Zivilprozeß der Schweiz, p. 130.
[10]) Wach, Vorträge, p. 176.

reichen. Dieses ungünstige Ergebnis könnte wohl zum großen Teil verhütet werden, wenn der Richter die Parteien erst unbeeidigt vernehmen dürfte[11]). Es wäre ihm alsdann Gelegenheit geboten, die Parteien und ihre Behauptungen viel einläßlicher auf ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen, überhaupt die streitigen Punkte in ganz anderer Weise abzuklären, als das bei der herrschenden Eidesauferlegung der Fall ist. Die grundsätzlichen Bedenken gegen die Verwertung des Eides im Zivilprozeß bleiben aber nach wie vor bestehen. Darum ist es nur zu begrüßen, wenn zahlreiche Gesetze den Parteieid gänzlich aus dem Prozeß verbannt und ihn durch das vollkommenere Mittel der unbeeidigten Parteibefragung ersetzt haben[12]).

Was die Frage anbelangt, ob der Eid Beweismittel ist oder nicht, so müssen einmal richtigerweise sowohl beeidigte als auch unbeeidigte Parteiaussage nicht Beweismittel, sondern Beweisgründe genannt werden[13]). Dann aber kann beim richterlichen Eide nur solange von Beweis gesprochen werden, als die Leistung desselben die richterliche Ueberzeugung effektiv beeinflußt. Formell bleibt indessen auch hier der Eid gesetzlicher Feststellungsgrund, weil der Richter an die beschworene Tatsache nicht nur vermöge seiner Ueberzeugung, sondern kraft gesetzlicher Vorschrift gebunden ist. Vollends scheidet die beeidigte Parteiaussage aus der Kategorie der Beweisgründe aus, wenn der Richter wider seine Ueberzeugung das Beschworene für wahr erklären muß. Je nachdem kann also der richterliche Eid vom Standpunkte der richterlichen Ueberzeugung aus Beweisgrund oder formaler Feststellungsgrund sein.

§ 22. Die Ausgestaltung des Parteieides im geltenden Recht.

Nach der grundsätzlichen Stellungnahme soll hier die Darstellung des geltenden Eidesrechtes folgen. Dabei mag gleich vorweggenommen werden, daß sich der Gesetzgeber bemüht hat, den Eid möglichst vor Mißbrauch und leichtsinniger Verwendung zu schützen. Dies zeigt sich in erster Linie in dem durchaus subsidiären Charakter des richterlichen Eides. Er darf nur abgenommen werden, „wenn eine erhebliche und bestrittene Tatsache durch andere Beweismittel nicht zur vollen Gewißheit erstellt worden ist“ (Art. 180). Der Eid dient also nicht dazu, vielleicht langwierige, aber das materielle Recht fördernde Beweisführungen zu umgehen und wie ein deus ex machina dem Konflikt plötzlich ein Ende zu bereiten. Der Richter darf dem Be-

[11]) So das österreichische Recht, wo beide Parteien zunächst unbeeidigt vernommen werden und nur, wenn diese Vernehmung nicht genügt, die eine oder andere Partei aufgefordert wird, unter Eid auszusagen. von Schrutka, p. 231 ff.

[12]) So vor allem Zürich, Bern, Wallis, App. A.-Rh., das aber die Parteibefragung nicht kennt, während Schwyz, Luzern, Zug E, Neuenburg und Genf die Parteibefragung neben dem Eide kennen.

[13]) Vgl. Hasler, p. 85/86.

weisführer oder dem Beweisgegner den Eid nur auferlegen, wenn die zu beschwörende Tatsache oder ihr Gegenteil wahrscheinlich gemacht wurde. Ob diese Wahrscheinlichkeit gegeben ist, beurteilt der Richter nach seinem Ermessen. Hier finden die Grundsätze der freien Beweiswürdigung unbeschränkte Anwendung. Weil jedoch diesem Entscheide größte Bedeutung zukommt, rechtfertigt es sich durchaus, daß diese richterliche Würdigung einer schärferen Kontrolle unterworfen wird. So muß jede Eidesüberbindung in der Form eines motivierten Beweiserkenntnisses erfolgen. Die „besonderen Gründe, welche eine Motivierung des Eidesbeweisdekretes unbedingt erfordern" liegen darin, daß bei Beantwortung der Frage, ob die zu beschwörende Tatsache oder ihr Gegenteil wahrscheinlich gemacht oder nicht, der ganze Prozeßstoff zu Rate gezogen werden muß und deshalb die Eidesüberbindung eine erschöpfende Beurteilung des Prozeßstoffes voraussetzt[1]). Gegen dieses Beweiserkenntnis ist wenigstens in appellabeln Prozessen die Appellation selbständig zulässig (Art. 302, Ziff. 3). Auch wenn das Verfahren, in welchem auf Eid erkannt wurde, nicht mit der Appellation, sondern nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde weitergezogen werden kann und infolgedessen auch gegen die Eidesüberbindung die Appellation ausgeschlossen ist, darf immer noch eine Korrektur des Eidesbeweises dort erfolgen, „wo die Wahrscheinlichkeit von der Vorinstanz in willkürlicher, das heißt sachlich grob unrichtiger Weise als vorhanden erachtet worden ist"[2]). In diesem einen Falle verliert der Eid sogar seine absolute Wirkung. Diese Korrektur kann nämlich nur darin bestehen, daß der bereits geleistete Eid außer Kraft gesetzt wird. Doch läßt diese Außerkraftsetzung die beschworene Tatsache gewissermaßen moralisch bestehen, „die objektive Richtigkeit der beschworenen Tatsache wird an sich nicht tangiert", sondern nur erklärt, „daß prozessual der Beweis nicht als geleistet erachtet werden darf"[2]). Es wäre ohne Zweifel einfacher und zweckentsprechender, wenn das Gesetz gegen jede Eidesüberbindung schlechthin die Berufung an die obere Instanz gestattete. Es hat etwas Störendes, die objektive Richtigkeit einer Tatsache nicht zu tangieren, und doch prozessual diese Tatsache als nicht erwiesen zu betrachten.

Der Gegenstand des prozessualen Eides deckt sich im allgemeinen mit dem Gegenstand des Beweises überhaupt. Es können also nur Tatsachen unter Eid gestellt werden und höchstens solche Rechtsbegriffe, die allgemein verständlich sind[3]). Das Gesetz zieht jedoch den Kreis der eidesfähigen Tatsachen noch enger und verbietet die Eidesüberbindung auch dort, „wo der Tatbestand einer strafbaren Handlung in Frage liegt" (Art. 180,2). Die Gründe, die zu dieser Bestim-

[1]) Vgl. Urteil des Kantonsgerichtes vom 15. Dezember 1902.
[2]) Vgl. Urteil der Rekurskommission vom 27. Oktober 1923.
[3]) Vgl. Urteil der Rekurskommission vom 12. Dezember 1908.

mung geführt, sind wohl klar. Die Partei müßte schwören, daß die strafbare Handlung nicht von ihr oder dann, daß sie vom Gegner begangen wurde. In beiden Fällen ist der Eid unangebracht. Im ersten Falle würde die Partei durch den Eid sich nicht nur vom Verdachte einer strafbaren Tat reinigen, sondern damit auch ihren eigenen Prozeßinteressen dienen. Die Motive, die zu einem Falscheid führen könnten, sind außerordentlich stark. Die Partei beherrscht nicht nur die Furcht vor Offenbarung eigener Schande, wie sie auch den Zeugen, der zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßte, zu wahrheitswidriger Angabe veranlassen könnte, sondern auch das Bewußtsein, den vielleicht erbitterten Interessenkampf zu ihren Gunsten zu entscheiden. Wenn das Gesetz jene Personen, die zur eigenen Schande aussagen müßten, nicht nur als verweigerungsberechtigte Zeugen behandelt, sondern bei Vorliegen einer strafbaren Handlung geradezu zu den unfähigen Zeugen rechnet (Art. 159, Zif. 5), dann muß es auch den Eid unter solchen Umständen als unstatthaft erklären. Im zweiten Falle aber widerspricht es dem sittlichen Empfinden, der Prozeßpartei die Entscheidung darüber in die Hand zu geben, ob der Gegner eine strafbare Handlung begangen hat, sie also über die Ehre und den guten Ruf dieser Partei in bindender Weise urteilen zu lassen. Dazu befindet sich die schwörende Partei auch hier in einer Zwangslage, welche die Gefahr eines Falscheides nahelegt. Durch ihre Behauptung hat die Partei bereits den Gegner in seiner Ehre angegriffen; schwört sie nicht, dann gibt sie zu, daß ihre Behauptung falsch war, leistet sie aber den Eid, so hat sie wenigstens äußerlich nicht nur ihre Behauptung bewahrheitet, sondern damit wiederum den Prozeß zu ihren Gunsten, wenn nicht entschieden, so doch wesentlich beeinflußt[4]).

Von der Voraussetzung, daß für die zu beschwörende Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben sein muß, ist der Eid im Vaterschaftsprozeß befreit, das heißt der Eid für den Beweis, daß der Beklagte der außerehelichen Mutter in der kritischen Zeit beigewohnt hat (Art. 86 E. G. z. Z. G. B.) Der Paternitätseid kennt jedoch nur dann diese Privilegierung, wenn die Mutter „vor der Geburt des Kindes beim zuständigen Amte Schwangerschaftsanzeige erstattet und die Niederkunft dieser Anzeige gemäß erfolgt ist; wenn sie noch nie außerehelich geboren hat und wenn sie sonst einen vollkommen guten Leumund besitzt und keine Tatsachen vorliegen, welche die Glaubwürdigkeit ihrer Aussage wesentlich schwächen" (Art. 86 E. G.). Für diesen Eid muß ferner notwendigerweise das Verbot entfallen, wonach der Eid über strafbare Handlungen unstatthaft ist. Denn nach

[4]) Interessanterweise schließen z. B. Schwyz 286, 2 und Zug E 282, 2 den Eid nur aus, wenn der Tatbestand einer strafbaren Handlung desjenigen, dem der Eid überbunden werden sollte, in Frage liegt. Aus den erwähnten Gründen ist m. E. die st. gallische Lösung vorzuziehen.

dem Urteil des Kantonsgerichtes vom 20. Mai 1919 handelt es sich hier zum vornherein um eine strafbare Handlung, wenn nicht Ehebruch, so doch Unzucht. „Es ist also ohne weiteres klar, daß für den Paternitätseid die Einschränkung des Art. 180,2 nicht gilt". Nun kann aber die außereheliche Mutter den gewöhnlichen zivilprozessualen Eid mit der Wahrscheinlichkeitsunterlage leisten, wenn die Voraussetzungen für den privilegierten Paternitätseid mangeln. In einem solchen Falle (die Klägerin hatte bereits außerehelich geboren) erhob der Beklagte Einspruch gegen den Eid, da der Tatbestand einer strafbaren Handlung in Frage liege. Dieser Einspruch wurde aber abgewiesen, weil es jeder innern Begründung entbehre, „wenn da, wo die Wahrscheinlichkeitsunterlage fehlt, das Vorliegen eines strafbaren Tatbestandes für die Zulassung zum Eide kein Hindernis wäre, da aber, wo die Wahrscheinlichkeitsunterlage vorhanden ist, der Eid eines solchen Tatbestandes wegen nicht zugelassen würde. In der Wirkung wäre dann die Vaterschaftsklägerin vom gewöhnlichen zivilprozessualen Eide überhaupt ausgeschlossen, was niemals der Wille des Gesetzgebers gewesen sein konnte, der doch nach der ganzen Tendenz von Art. 86 E. G. die uneheliche Mutter und ihr Kind nicht hintansetzen, sondern umgekehrt einen Akt der sozialen Fürsorge für diese bedauernswerten Glieder der menschlichen Gesellschaft schaffen wollte"[5]).

Das Gesetz schweigt darüber, ob die Partei nur über solche Tatsachen schwören darf, von welchen sie eigene Kenntnis besitzt, d. h. ob der Parteieid nur in der Form des Wahrheitseides (ich schwöre, daß die Tatsache wahr ist — . . . . nicht wahr ist) oder auch in der Form des Ignoranzeides (ich schwöre, daß ich von der Tatsache nichts weiß) oder des Ueberzeugungseides (ich schwöre, daß ich die Ueberzeugung erlangt — . . . . nicht erlangt habe, daß die Tatsache wahr ist)[6]) geleistet werden kann. An sich entspricht die Form des Wahrheitseides dem Zweck des Noteides am besten. Der Wahrheitseid unterwirft den Schwurpflichtigen dem stärksten Zwange, weil er Ausflüchte sozusagen verunmöglicht und deshalb die Gefahr eines Meineides stark reduziert. Zudem vermag die Partei keine überzeugendere Beteuerung abzugeben, als eben die, daß eine Tatsache wahr oder nicht wahr ist. Der einzig richtigen Auffassung nach soll aber auch beim Parteieid die richterliche Ueberzeugung soviel wie nur möglich zum Worte kommen, „die Differenz zwischen dem vorhandenen Teilergebnis und der vollen Ueberzeugung durch den Eid gedeckt werden"[7]). Gerade deshalb kann das Gesetz auch die übrigen Formen des Parteieides nicht entbehren; denn es ist wohl möglich, daß der Richter z. B. durch den Ueberzeugungseid einer Partei mehr

[5]) Urteil des Kantonsgerichtes vom 20. Mai 1919.
[6]) Vgl. Schurter, p. 338.
[7]) Rudolf Schmidt, Richterlicher Eid, p. 97.

beeinflußt wird als durch den Wahrheitseid ihres Gegners[8]). Bei der Erörterung über die Möglichkeiten der Eidesauflage wird es sich überdies zeigen, daß es Fälle geben kann, wo weder der einen noch der andern Partei der Wahrheitseid zugemutet werden kann, trotzdem im Rahmen des geltenden Eidesrechtes der Eid seine Berechtigung hat. Aus Art. 182,2 ist übrigens arg. e. contr. zu schließen, daß der Gesetzgeber die Parteien nicht nur auf den Wahrheitseid beschränkt hat. Der genannte Artikel gestattet nämlich gewissen Drittpersonen den Eid an Stelle der Parteien abzulegen, „jedoch nur über Tatsachen, von welchen sie eigene und unmittelbare Kenntnis haben". Ein solcher Vorbehalt wird aber für den von den Parteien persönlich abzulegenden Eid nirgends gemacht.

Die Frage, welche Partei den Eid leisten soll, darf nicht schablonenmäßig nach dem bereits vorhandenen Beweisergebnis gelöst werden, also daß nur jene Partei zum Eide kommt, welche den Wahrscheinlichkeitsbeweis zu ihren Gunsten buchen kann. In der Eidesauflage wie in der Wahl des Schwurpflichtigen hat der Richter auch auf die Beweislast Rücksicht zu nehmen; denn diese behält auch beim Eide ihre volle Wirksamkeit. Der Eid ist deshalb nur berechtigt, wenn der Beweispflichtige für seine Behauptung den Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht hat. Befindet sich der Beweisgegner in dieser bevorzugten Lage, dann ist für den Eid kein Platz und der Entscheid muß nach der Regel der Beweislast gegen den Beweispflichtigen gefällt werden[9]). Der Gesetzgeber will den Eid nur als subsidiäres Hilfsmittel verwenden, darum kann er durch den Eid auch nur jene Tatsache zur voll bewiesenen machen lassen, deren bloße Wahrscheinlichkeit den Prozeß nicht zu einem befriedigenden Abschluß zu führen vermag. Hat aber der Beweispflichtige seiner Beweislast in keiner Weise Genüge geleistet, nicht einmal mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis, der Gegner indessen für seine Gegenbehauptung einen solchen erbracht, dann muß diese Wahrscheinlichkeit vollauf genügen, um den Beweispflichtigen abzuweisen. Das Gegenteil würde zu unhaltbaren Resultaten führen. Könnte der Beweisgegner aus irgendwelchen Gründen nicht schwören, so müßte entweder als Folge seiner Eidesweigerung oder eventuell als Folge der Eidesleistung des Beweisführers dessen Behauptung als voll bewiesen hingenommen werden, trotzdem für diese Behauptung nicht einmal eine Wahrscheinlichkeit bestand. Der Beweisgegner hat aber solange ein Recht auf Abweisung des Beweisführers, als dieser seiner Beweispflicht nicht nachkommt, bei völliger Beweislosigkeit schon dann, wenn auch er seinerseits seine Gegenbehauptung nicht wahrscheinlich machen kann. Ganz anders, wenn der Beweisbelastete wenigstens einen Wahrscheinlich-

[8]) Vgl. Walsmann in „Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 21, p. 379.
Ausdrücklich erwähnt Luzern 212 neben dem Wahrheitseid den sog. Nichtwissenseid.

[9]) Vgl. Planck, p. 329.

keitsbeweis erbracht hat. An sich müßte er auch in diesem Falle abgewiesen werden, weil der Beweislast im vollen Umfang Genüge getan werden muß. Da aber gerade für solche Prozeßsituationen der richterliche Eid geschaffen worden ist, so geschähe offenbar dem Beweisbelasteten Unrecht, wenn er ohne weiteres abgewiesen würde. Es soll wenigstens der Versuch gemacht werden, das Eidesrecht zu seinen Gunsten wirken zu lassen. Dabei ist in erster Linie davon auszugehen, daß der Beweispflichtige berufen ist, durch den Eid seine Behauptung zu erhärten. Nun ist es aber wohl möglich, daß dieser Beweisführer eidesunfähig oder eidesunwürdig ist, das heißt, daß er von Gesetzes wegen den Eid nicht leisten darf oder daß der Richter wegen persönlicher Verhältnisse sich durch seinen Eid nicht überzeugen könnte. Soll jedoch der gesetzgeberischen Tendenz nach wenigstens der Versuch der Eidesauflage gemacht werden, so bleibt dem Richter kein anderer Weg, als dem Beweisgegner den Eid zu überbinden. Diese Eidesauflage ist denn auch vom Standpunkt des Beweisführers aus absolut ungefährlich, im Gegenteil, sie kann ihn höchstens besser stellen. Der Beweisgegner soll durch seinen Schwur die Behauptung des Beweisführers zunichte machen: Schwört er, dann gelingt ihm dies allerdings. Den Beweispflichtigen hätte aber dieses Schicksal auch ereilt, wenn vom Eide Umgang genommen worden wäre. Die Verantwortung lastet allein auf dem Umstand, daß der Beweisbelastete seine Behauptung eben nur ungenügend beweisen konnte. Verweigert dagegen der Beweisgegner den Eid, so erhält die Behauptung des Beweisführers verbindliche Kraft und das Resultat stellt sich vom Standpunkt der richterlichen Ueberzeugung aus als befriedigend dar. Denn wenn der Richter nach objektiver Würdigung den Wahrscheinlichkeitsbeweis des Beweisführers als gegeben erachtet, aber aus den erwähnten Gründen ihm nur der Weg der Eidesüberbindung an den Beweisgegner offen steht, so geschieht dies in der Meinung, daß der Gegner den Eid verweigere. Ist allerdings mit dem Beweispflichtigen auch der Beweisgegner eidesunwürdig in dem angegebenen Sinne, dann liegt die Gefahr sehr nahe, daß durch einen Falscheid der Zweck der Eidesauflage vereitelt wird. Das richterliche Ermessen mag hier peinlich abwägen, ob es sich lohne, um des vermuteten Rechts des Beweisführers willen die Möglichkeit eines Falscheides mit in den Kauf zu nehmen. Rücksicht verdient dann unbedingt auch der Umstand, in welcher Form der Gegner den Eid leisten könnte. Unbedenklich aber wird der Richter auch der unglaubwürdigen Gegenpartei das Handgelübde überbinden. Dadurch schafft er nur die Chance, daß durch die erwartete Verweigerung des Handgelübdes seine Ueberzeugung in der schon bestehenden Richtung bestärkt und dem Recht des Beweisführers zum Siege verholfen wird. Ganz allgemein ist zu sagen, daß in allen diesen Fällen die Ueberbindung des Eides resp. Handgelübdes an den Beweisgegner den Richter nur überzeugt und überzeugen muß,

wenn dieser Ueberbindung nicht Folge geleistet wird[10]). Denn zur Abweisung des Beweisführers ist der Richter solange verpflichtet, als dieser keinen vollen Beweis zu erbringen vermag, zur Bejahung seiner Behauptung aber ist von Gesetzes wegen entweder der Eid des Beweisführers oder die Eidesweigerung der Gegenpartei notwendig.

Endlich ist noch der Fall zu erwähnen, wo sowohl Beweisführer wie Beweisgegner für ihre kontradiktorischen Behauptungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit erbracht haben. Diese Situation stellt sich offenbar etwas anders dar, wie wenn beispielslose Behauptungen einander gegenüberstehen. Für den Beweisführer ist die gesetzliche Voraussetzung des Wahrscheinlichkeitsbeweises vorhanden, auch wenn nach strenger Anwendung der Beweislastregel gegen ihn zu entscheiden wäre. Glaubt der Richter, daß auch hier der Eid seine Ueberzeugung wird beeinflussen können, dann soll er nur jener Partei den Eid auferlegen, für welche die größere Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit spricht. In diesem Falle wird also die Eidesauflage und die Wahl des Schwurpflichtigen allein vom Richter abhängen. Aus dem Gesagten ergibt sich deutlich, daß das Gesetz sich nicht nur mit der Wahrheitsform des Eides begnügen kann. Wenn nur eine Partei in Frage kommt oder beiden Parteien der Wahrheitseid nicht zugemutet werden darf, so muß der Richter auch einen Ignoranz- oder Ueberzeugungseid auferlegen können, soll der Eid noch irgendwelche Relation mit der richterlichen Ueberzeugung aufweisen.

Der Parteieid muß grundsätzlich von der Partei selbst geleistet werden (Art. 182). Das Gesetz stellt für die Person des Schwurpflichtigen Vorsichtsmaßregeln auf und gibt auch hier dem Richter einen Fingerzeig, daß nur glaubwürdige Personen zum Eide zugelassen werden sollen. Die Partei muß eidesmündig sein, das heißt, sie muß das 16. Altersjahr zurückgelegt haben und sie muß eidesfähig sein, das heißt, sie darf nicht zur Kategorie jener Personen gehören, die der Artikel 159 als unzulässige Zeugen bezeichnet. Die Partei kann nur schwören, wenn sie das nötige Sinnes- und Geistesvermögen besitzt, damit sie die in Frage liegenden Tatsachen hat wahrnehmen können und diese Wahrnehmung in irgend einer Form verständlich mitzuteilen vermag. Dieses letzte Erfordernis wird auch der taubstummen, aber des Schreibens kundigen Partei die Eidesleistung gestatten, was z. B. das deutsche Gesetz in § 483 ausdrücklich regelt. Daß Personen, die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßten, als Partei vom Eide über solche Tatsachen ausgeschlossen sind, fällt unter die allgemeine Regel des Art. 180,2 („Eine Eidesüberbindung darf nicht stattfinden, wo der Tatbestand einer strafbaren Handlung in Frage liegt".). Die Praxis hat diese Bestimmungen über die schwurpflichtige Partei dahin ergänzt, daß die Partei, welcher

[10]) Vgl. Rudolf Schmidt, Richterlicher Eid, p. 108 ff.

der Eid überbunden werden soll, auch die subjektiven Garantien dafür bieten müsse, daß der zu leistende Eid den Tatsachen entspricht[11]). Diese Interpretation der Praxis darf aber die Eidesüberbindung an die weniger vertrauenswürdige Gegenpartei nicht verhindern, wenn die Fälle vorliegen, welche eben erwähnt worden sind. Kann die beteiligte Partei den Eid nicht selbst leisten, so darf dieser, aber nur als Wahrheitseid, gewissen Drittpersonen übertragen werden; so den Vormündern für die unter ihrer Vormundschaft stehenden Personen, ferner Vollmachtträgern und Geschäftsführern für ihre Vollmachtgeber und Geschäftsinhaber (Art. 182, Zif. 1 und 4). Ebenso ist der Eid der Vorsteher, Verwalter und Gesellschafter für die betreffenden Amtskassen. Korporationen, Anstalten oder Gesellschaften und der Eid der Streitgenossen und Anteilhaber für Mit- und Nebenberechtigte und Verpflichtete zulässig (Art. 182, Zif. 2, 3).

Vor jeder Eidesleistung hat der Richter die schwurpflichtige Partei über die Wichtigkeit des Eides, sowie die Folgen eines falschen oder unbesonnenen Eides zu belehren (Art. 184). Was bereits bei der Instruktion der Zeugen gesagt worden ist, wird hier wenn möglich in erhöhtem Maße Geltung beanspruchen. Die Instruktion des Eidespflichtigen kann viele Nachteile des prozessualen Eides wettmachen, wenn sie mit dem nötigen Ernste vorgenommen wird und auch der Partei die Bedeutung ihrer Handlung zum Bewußtsein kommen läßt[12]). Deswegen ist unbedingt zu fordern, daß die Eidesleistung nach Möglichkeit vor dem urteilenden Gericht selbst erfolgt und die Ausnahmen, welche Art. 186 gleich wie beim Zeugenbeweis gestattet, wirklich nur dort zugelassen werden, wo schwerwiegende Gründe das zu rechtfertigen vermögen.

Das geltende Eidesrecht bietet also wohl die Möglichkeit, die größten Nachteile des prozessualen Eides zu verhüten. Die grundsätzlichen Bedenken gegen den Eid werden aber davon nicht berührt. Darum ist es nur zu begrüßen, wenn der Parteieid in der Praxis nicht allzu häufig vorkommt[13]) und es bleibt nur zu wünschen übrig, daß bei einer Revision des Gesetzes mit dem Parteieid auch die übrigen unzulässigen Einschränkungen der freien Beweiswürdigung moderneren und richtigeren Anschauungen Platz machen.

[11]) Vgl. Urteil des Kantonsgerichtes vom 7. Juni 1912.
[12]) Vgl. Orelli, Studien, p. 64. Heusler, Zivilprozeß, p. 120.
[13]) Von den in den Jahren 1902—1925 publizierten Entscheidungen des Kantonsgerichtes, Kassationsgerichtes und der Rekurskommission befassen sich nur 14 mit dem Parteieide.